

DIRECTOR: PASCUAL AGUELO NAVARRO

Abogado, Presidente de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española y Responsable de la web de Extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

Nº 26

Revista de

Derecho Migratorio y Extranjería

© Lex Nova 2011

Lex Nova, S.A.U.

Edificio Lex Nova.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457038
Fax 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es

Depósito Legal: VA. 922-2002
ISSN 1695-3509
Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General:

Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por Pascual Aguelo Navarro, con la colaboración de Gloria Sánchez y Jaime Barbero del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación.

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.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, por ello, se encuentra integrada en los catálogos de publicaciones científicas.

La edición digital de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en **portaljuridico.lexnova.es**

LEX NOVA

DIRECTOR

PASCUAL AGUELO NAVARRO

Abogado, Presidente de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española y Responsable de la web de Extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

DIRECTOR ADJUNTO

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Zaragoza

CONSEJO DE REDACCIÓN

MARÍA DEL CARMEN AINAGA VARGAS

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Veracruz (México)

EILOSE AJA FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Barcelona

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TU de Derecho del Trabajo. Universidad Rey Juan Carlos

LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO

Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla

JAVIER GALPARSORO GARCÍA

Abogado del Ilustre Colegio de Vizcaya

JUAN L. IBARRA ROBLES

Magistrado. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia del País Vasco

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO MARIÑO MENÉNDEZ

Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Carlos III

KAREN MUSALO

Abogada y profesora del Hastings College of the Law University of California (USA)

FERNANDO OLIVÁN LÓPEZ

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

MANUEL POMBO BRAVO

Representante Especial del Director General de la OIM

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

ELENA ZABALO ESCUDERO

Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza

RICARD ZAPATA-BARBERO

Profesor Titular de Ciencia Política. Universidad Pompeu Fabra

ÍNDICE GENERAL

	Página
EDITORIAL.....	7

ARTÍCULOS

I. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE DESCENDIENTES, PERSONAS SUJETAS A REPRESENTACIÓN LEGAL Y DE LA «PAREJA DE HECHO» EN LA ENÉSIMA MODIFICACIÓN DE LA LEY 4/2000 <i>M.ª Pilar Diago Diago</i>	11
II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS: AUTORIZACIÓN DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA Y AUTORIZACIÓN SUSTITUTIVA <i>Elena Rodríguez Balado</i>	27
III. «CONSTITUCIÓN DEL TRABAJO» E INMIGRACIÓN IRREGULAR: UNA ARTICULACIÓN NECESARIA PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS <i>Albert Noguera Fernández</i>	53

DOSSIER

EL NUEVO REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA <i>Pascual Aguero Navarro y Ángel G. Chueca Sancho</i>	79
--	----

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES	
Asilo	121
Expulsión	133
Derecho al trabajo	145
Permiso de trabajo	149
Derecho penal	157
Homologación	160
Nacionalidad	165
Régimen comunitario	179

II. LOS ESPAÑOLES TAMBIÉN SON CIUDADANOS DE LA UNIÓN Y OTRAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2010
José Luis Rodríguez Candela y Diego Boza Martínez..... 189

III. ESTATUTO DE REFUGIADO *VERSUS* «GRAVE DELITO COMÚN» O «ACTOS CONTRARIOS A LAS FINALIDADES Y A LOS PRINCIPIOS DE LAS NACIONES UNIDAS». REFLEXIONES A LA LUZ DE LA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2010 (ASUNTOS ACUMULADOS C-57/09 Y C-101/09)
Pablo Sardina Cámara..... 205

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

I. CRÓNICA LEGISLATIVA 219

II. EUROPA EN BREVE. INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS 223

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

I. MIRADA RETROSPECTIVA A LA LEGISLACIÓN ITALIANA DE INMIGRACIÓN
Francisco García-Calabrés Cobo..... 239

II. ENTRADA EN VIGOR PARA ESPAÑA, DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996 RELATIVO A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS
M.ª Elena Zabalo Escudero 255

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS

I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS..... 263

II. JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA..... 269

COMPLETE INDEX

	Página
EDITORIAL	7

ARTICLES

I. FAMILY REGROUPING OF DESCENDANTS, PERSONS SUBJECT TO LEGAL REPRESENTATION AND <i>DE FACTO</i> PARTNERSHIP IN THE NTH AMENDMENT OF THE LAW 4/2000 <i>M.ª Pilar Diago Diago</i>	11
II. JUDICIAL CONTROL OF ALIENS' DEPORTATION BY CRIMINAL COURTS: JUDICIAL AUTHORIZATION OF ADMINISTRATIVE DEPORTATION AND JUDICIAL SUBSTITUTION OF CRIMINAL CONVICTIONS THROUGH EXPULSION <i>Elena Rodríguez Balado</i>	27
III. CONSTITUTIONAL LABOUR RIGHTS AND ILLEGAL IMMIGRATION: A NECESSARY ARTICULATION FOR THE RECOGNITION OF HUMAN RIGHTS <i>Albert Noguera Fernández</i>	53

DOSSIER

NEW REGULATION OF THE INMIGRATION LAW <i>Pascual Aguelo Navarro and Ángel G. Chueca Sancho</i>	79
---	----

REPORTS OF JURISPRUDENCE

I. ANALYTIC INDEX OF VOICES	
Asylum	121
Expulsion	133
Right to work	145
Working license	149
Criminal Law	157
Recognition of qualifications	160
Nationality	165
Community Rules	179

II. THE SPANISH ARE ALSO EU CITIZENS AND OTHER CONSEQUENCES OF THE SENTENCE OF THE HIGH COURT CHAMBER FOR ADMINISTRATIVE LITIGATION OF JUNE 1 ST 2010 <i>José Luis Rodríguez Candela and Diego Boza Martínez</i>	189
III. REFUGEE'S STATUTE <i>VERSUS</i> «SERIOUS POLITICAL CRIME» OR «ACTS CONTRARY TO THE PURPOSES AND TO THE PRINCIPLES OF THE UNITED NATIONS». CONSIDERATIONS IN LIGHT OF THE RECENT SENTENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF NOVEMBER 9TH, 2010 (CUMULATIVE MATTERS C-57/09 AND C-101/09) <i>Pablo Sardina Cámara</i>	205

LEGISLATIVE REPORTS

I. LEGISLATIVE REPORT	219
II. EUROPE IN BRIEF. WEEKLY INFORMATION FROM THE DELEGATION IN BRUSSELS.....	223

RESEARCHS FROM BOTH SHORES

I. RETROSPECTIVE LOOK TO THE ITALIAN LEGISLATION OF IMMIGRATION <i>Francisco García-Calabrés Cobo</i>	239
II. ENTRY INTO FORCE IN SPAIN, THE HAGUE CONVENTION 1996 ON PARENTAL RESPONSIBILITY AND MEASURES FOR THE PROTECTION OF CHILDREN <i>M.ª Elena Zabalo Escudero</i>	255

BIBLIOGRAPHICAL NOTICES, BRIEFS AND NOTIFICATIONS

I. BIBLIOGRAPHICAL NOTICES	263
II. CONFERENCES ABOUT FOREIGNERS AFFAIRS	269

EDITORIAL

La actualidad de los últimos meses ha estado acaparada por el desarrollo final de la elaboración del nuevo Reglamento de Extranjería, definitivamente aprobado el día 20 de abril y publicado en el BOE del día 30 de abril como Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. Prosigue así la profunda modificación de la legislación de extranjería iniciada por la reforma de la LOEX a través de la LO 2/2009 y que deberá concluir, por ahora, con la elaboración del Reglamento que habrá de desarrollar el Régimen de internamiento de extranjeros tal y como ordena la DA 3.^a de la LO 2/2009. La entrada en vigor se producirá dentro de dos meses, es decir el 30 de junio de 2011.

Las numerosas modificaciones (introducidas a través de la reforma todavía en curso) han afectado a todos los Títulos de la LOEX y también de su Reglamento. Además, la transposición de un elevado número de Directivas, que estaban pendientes de incorporar al Derecho interno, hace que el nuevo texto reglamentario deba examinarse con sumo detalle y con cuidada minuciosidad, a fin de conocer el real alcance de su contenido. En este mismo número de la REDMEX hemos hecho el esfuerzo por presentar una extensa panorámica de las novedades más importantes que presenta el nuevo texto. De una forma sistemática se aborda el contenido de, prácticamente, todo el nuevo Reglamento.

Expresamente se indican como transpuestas las siguientes Directivas: **Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004**, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, **la Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo**, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica, **la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009**, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, **la Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004**, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes y **la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003**, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

Entre las principales insuficiencias se recuerda la ausencia de desarrollo reglamentario del régimen de internamiento de extranjeros, ausencia que obliga a la pervivencia de los preceptos del anterior reglamento que regulan este tema; por otra parte, parece bastante artificial la distinción entre residencia de larga duración nacional y residencia de larga duración-UE, artificiosidad que da lugar a dos regímenes jurídicos distintos conceptualmente poco diferenciados. Resulta, asimismo, criticable el que se mantenga el castigo a la irregularidad de dos años de los hijos de residentes en situación legal no nacidos en España,

y ello a pesar del Dictamen del Consejo de Estado que abogó, al menos, por la reducción del plazo de permanencia.

Otro aspecto criticable, a nuestro entender, se concreta en la forma de exteriorizar el extranjero su manifestación de voluntad expresa de acudir a la vía jurisdiccional a través del apoderamiento notarial o comparecencia ante el Secretario Judicial, forma que provoca la modificación de la legislación reguladora de la Justicia Gratuita e introduce requisitos procesales más gravosos y, por tanto, discriminatorios para los ciudadanos extranjeros. Por último, el añadido reglamentario de la posible comunicación a «*la persona a la que haya atribuido su defensa jurídica*», si bien seguramente pretende tener un contenido garantista, su implementación práctica pudiera dar lugar a situaciones de indefensión en aquellos supuestos en que esa atribución no esté bien clarificada.

En fin, aun siendo conscientes de la complejidad de la tarea de los redactores del texto reglamentario, hubiera merecido una mejor recepción de algunas de las propuestas formuladas por ciertas organizaciones y entidades que informaron sobre él.

En cuanto al contenido de este número 26 de la REDMEX, destacamos los artículos sobre la nueva regulación de la reagrupación familiar tras la última reforma legislativa, la intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión de extranjeros y el trabajo sobre la entrada en vigor para España, del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, una Mirada retrospectiva a la legislación italiana de inmigración y la interesante reflexión, desde los derechos humanos, de la relación existente entre trabajo e inmigración irregular.

En convocatorias se recoge el anuncio del XXI Encuentro de la Abogacía en materia de extranjería y asilo, que tendrá lugar este año en Madrid, los días 1 a 4 de junio bajo el título «*Nuevos ciudadanos, nuevos retos, nuevas soluciones*». Sin duda, será el marco más idóneo para reflexionar sobre el actual ciclo migratorio y acerca del contenido del nuevo Reglamento de Extranjería.

Por último, sólo nos resta desear una buena y provechosa lectura de la REDMEX.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ARTÍCULOS

I. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE DESCENDIENTES, PERSONAS SUJETAS A REPRESENTACIÓN LEGAL Y DE LA «PAREJA DE HECHO» EN LA ENÉSIMA MODIFICACIÓN DE LA LEY 4/2000 ⁽¹⁾

M.^a PILAR DIAGO DIAGO

*Prof.^a Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN

La reagrupación familiar de descendientes, personas sujetas a representación legal y de la «pareja de hecho» en la enésima modificación de la Ley 4/2000

En este trabajo se hace un estudio crítico de las novedades que ha introducido la Ley Orgánica 2/2009 en materia de reagrupación familiar de descendientes y otros menores. Se dedica un apartado especial a la reagrupación de la «pareja de hecho», siendo ésta la novedad más importante que incorpora tal reforma. Como se tiene ocasión de demostrar, la técnica legislativa empleada resulta en ocasiones claramente defectuosa y denota un incomprensible desconocimiento del legislador de nuestras propias normas de Derecho internacional privado, así como de su funcionamiento.

Palabras clave: reagrupación familiar, Derecho internacional privado, pareja de hecho, menores, descendientes.

ABSTRACT

Family regrouping of descendants, persons subject to legal representation and *de facto* partnership in the nth amendment of the Law 4/2000

This paper offers a critical study of the reforms introduced by the Organic Law 2/2009 in the field of familiar regrouping of descendants and other minors. The paper specially refers to the regrouping of the unmarried couples (*de facto* partnership), as it is the most important innovation of the reform. The legislative technique used in some cases is defective and shows an incomprehensible ignorance in our legislator of our rules of Private International Law and its implementation.

Key words: familiar regrouping, International Private Law, unmarried couples (*de facto* partnership), minors, descendants.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. REAGRUPACIÓN DE LOS HIJOS DEL RESIDENTE Y DEL CÓNYUGE, INCLUIDOS LOS ADOPTADOS.
- III. REAGRUPACIÓN DE LOS REPRESENTADOS LEGALES DEL RESIDENTE EXTRANJERO.

(1) Estudio realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Sociedad intercultural: retos jurídicos del ordenamiento español», Resolución UZ2009 Soc.03, de 12 de enero de 2010.

IV. REAGRUPACIÓN DE PERSONA CON LA QUE EL EXTRANJERO RESIDENTE MANTENGA UNA RELACIÓN AFECTIVA ANÁLOGA A LA CONYUGAL.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho a la vida familiar ha recibido claro reconocimiento por parte de diferentes normativas internacionales⁽²⁾, así como por parte de las diferentes Constituciones de los países que abogan por la protección constitucional de la familia, como ocurre en la Constitución española, artículo 39.

Es evidente que para que el extranjero pueda vivir en familia, se requiere establecer los cauces necesarios para lograr la reagrupación, que permita alcanzar aquel objetivo. Pues bien, la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre⁽³⁾ (en adelante Ley de extranjería) en su artículo 16, reconoce el derecho de los extranjeros residentes a la vida en familia y a la intimidad familiar, conforme a lo previsto en la Ley y en los Tratados internacionales.

En este trabajo se analiza la regulación que la Ley, en su última versión, da a un tipo concreto de reagrupación: la de los descendientes y otros menores. Debe señalarse que tal regulación se sitúa en el marco general que consagra el Convenio de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989⁽⁴⁾, cuyo artículo 10.1 establece que toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o salir de él, a los efectos de la reunión de la familia, será atendida por los Estados parte de manera positiva, humanitaria y expeditiva.

Como se va a tener ocasión de exponer, la regulación que la Ley de extranjería dedica a estos supuestos no coincide plenamente con la regulación que para los mismos supuestos ha diseñado el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁽⁵⁾.

Este real decreto supone la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004⁽⁶⁾, que regula el derecho de entrada y salida del te-

(2) Declaración Universal de Derechos Humanos [Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 10 de diciembre de 1948]; Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977 (*BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977); la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (*BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979) y Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 6 de diciembre de 1990 (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

(3) Ley Orgánica 2/2009, de 11 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 *BOE* núm. 299 de 12 de diciembre de 2009.

(4) De 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 6 de diciembre de 1990 (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

(5) *BOE* núm. 51, 28 de febrero de 2007.

(6) *DOUE* L 229/35, de 29 de junio de 2004.

I. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE DESCENDIENTES

ritorio de un Estado miembro, el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia y los trámites administrativos que deben realizar ante las autoridades de aquellos Estados⁽⁷⁾. Se trata de una regulación más aperturista y generosa en la configuración de las condiciones base, para la concesión de la reagrupación.

Sin duda, la reagrupación familiar constituye, en la actualidad, un elemento fundamental en la política de inmigración que la Unión Europea está desarrollando⁽⁸⁾ y cuya aplicación práctica corresponde a cada uno de los países de la Unión⁽⁹⁾.

Mención especial merece la novedad más importante que incorpora la modificación de 2009 en esta materia. Me refiero a la inclusión de un nuevo apartado al artículo 17 de la Ley, que está dedicado a establecer los familiares reagrupables. Ahora el artículo 17.4 tiene por objeto incluir como beneficiario de este derecho a *la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal*.

La interpretación correcta que debe hacerse de la regulación general ofrecida por tal precepto se encuentra directamente mediatizada por este nuevo apartado. El efecto que producirá en el tema objeto de análisis es, como se verá, expansivo cuando se refiere a la reagrupación de hijos.

II. REAGRUPACIÓN DE LOS HIJOS DEL RESIDENTE Y DEL CÓNYUGE, INCLUIDOS LOS ADOPTADOS

El segundo supuesto de familiares que pueden ser reagrupados, según lo establecido en el artículo 17.1 de la Ley de extranjería (el primero se dedica al cónyuge del residente), se refiere a los descendientes directos y, en concreto, a los hijos. Antes de analizar la regulación concreta que este precepto contiene, conviene retener que su ámbito de aplicación: *hijos del residente y del cónyuge e hijos de uno solo de los cónyuges* se verá aumentado por el juego del apartado 4 del mismo precepto, al que se ha hecho referencia en la introducción. Éste dispone que las personas que mantengan con el extranjero residente una *relación análoga a la conyugal* se equiparán al cónyuge.

Es por ello que cuando el apartado b) hace referencia a los hijos del residente y del cónyuge o a los hijos de uno solo de los cónyuges, se deberá entender que se refiere igualmente a los hijos de la persona con la que mantenga una afectividad análoga a la conyugal, en las condiciones previstas en el artículo 17.4 (v. último apartado de este tra-

(7) A la luz de las diferentes regulaciones dedicadas a idénticos supuestos puede constatararse la existencia de problemas de discriminación inversa, tal y como pone de relieve MARÍN CONSARNAU, D., *La reagrupación familiar en el régimen comunitario. Problemas de discriminación inversa*, J.M. Bosch Editor, 2010.

(8) En este sentido la Directiva del Consejo de la Unión Europea de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE L 251, de 3 de octubre de 2003) afirma entre sus «Considerandos» que «la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia. Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal y como se declara en el Tratado».

(9) Para una aproximación al procedimiento de reagrupación familiar en la práctica española v., en general, ORTEGA MARTÍN, E., *Manual práctico de Derecho de extranjería*, 4.ª edición, La Ley, 2010.

bajo). Tal esfuerzo interpretativo no sería necesario si el legislador hubiera optado por incorporar una referencia directa, en tal precepto, a los hijos de la pareja, como así hace el RD 240/2007.

La enésima modificación de la Ley de extranjería mantiene el supuesto dedicado a los hijos, en los mismos términos que la regulación anterior, salvo en lo referente a los hijos con discapacidad, como se verá más adelante. Se consagran, por tanto, las diferencias con la regulación que el real decreto ya mencionado dedica a este mismo supuesto [artículo 2.c)].

Las dos normativas establecen límites de edad distintos para que los hijos puedan entrar en la categoría de reagrupados. Mientras que el real decreto fija la edad máxima en veintiuno, la Ley lo hace en dieciocho. Esta diferencia se corresponde con el mismo espíritu que inspira a cada una de las normas y que configura un sistema «más abierto» en el caso de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Es evidente que en los dos casos el legislador ha establecido límites de edad, a los únicos efectos del ámbito concreto que regulan: la reagrupación familiar. Lo hacen alejándose del marco general que podría haber sido establecido, teniendo en cuenta la mayoría o minoría de edad de los posibles reagrupados y la normativa internacional privatista sobre el particular. Desde esta perspectiva debe tenerse en cuenta que aun cuando se identifica la edad de dieciocho años con la mayoría de edad, esto es así sólo a los efectos del Derecho material español, pues los ordenamientos extranjeros pueden, como así ocurre en determinados casos, establecer una edad diferente.

Estas consideraciones son importantes, porque es necesario recordar que los hijos a los que se refiere la norma son extranjeros y que la mayoría o minoría de edad de éstos la determinará su ley personal, como así establece nuestro artículo 9.1 del Código Civil (en adelante CC). De manera que puede ocurrir que la Ley de extranjería no permita la reagrupación familiar de un hijo que, aun teniendo 19 años, sea menor de edad conforme a su Ley personal, que es la correspondiente a su nacionalidad.

En estos supuestos, se impide la reagrupación de un hijo que al ser menor de edad conforme a su ley nacional, continúa bajo la responsabilidad de sus padres, los cuales pueden vivir en España. Habría sido deseable que el legislador hubiera dado también cobertura a estos supuestos, en los que el control de la inmigración debería ceder, ante la grave perturbación que se generará en las relaciones familiares de los padres respecto de su hijo, todavía menor de edad, que deberá quedarse en su país de origen.

El siguiente supuesto que puede dar lugar a la reagrupación familiar y que no estará sometido a límites de edad, es el de las personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud. Obsérvese que en este caso la incapacidad para proveer a sus necesidades no se referirá a una cuestión monetaria, la cual, sin embargo, sí que permite la reunificación en el ámbito del real decreto. Éste dispone que se podrá reunificar a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo del nacional con el que se reúnan. Supuestos que no serán extraños si pensamos en los hijos que están acabando los estudios, preparando oposiciones o simplemente buscando trabajo.

La novedad que introduce en este precepto la modificación de la Ley de extranjería, viene protagonizada precisamente por la nueva redacción dada a los supuestos de «incapa-

I. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE DESCENDIENTES

ces». La versión anterior exigía que los hijos estuvieran incapacitados de conformidad con su ley personal o con la ley española y no se encontraran casados. Ahora, se especifica las condiciones que darán lugar a la reagrupación y se hace desde un ángulo material objetivo: la discapacidad que padezca el hijo le debe impedir objetivamente, y por motivos de salud, proveer a sus necesidades, siendo indiferente el que el hijo esté casado o no.

Esta novedad se corresponde con las previsiones contenidas en la Directiva sobre reagrupación familiar de 2003, que permitía a las legislaciones incluir los supuestos relativos a hijos solteros mayores, que no sean capaces de proveer a sus propias necesidades debido, precisamente, a su estado de salud. Ahora bien, el actual artículo 17.b) no hace referencia al estado civil del hijo con discapacidad, con lo que no impide el que esté casado. Esta previsión quizás debería haberse mantenido, pues el hijo casado ya ha formado una familia y permitir su reagrupación con el padre o padres y no la del cónyuge o pareja, viene a interferir en ese otro núcleo familiar, produciéndose una nueva distorsión.

Reglamentariamente deberá establecerse la forma en que se probará que existe esa discapacidad y en principio no se requerirá sentencia judicial que declare su existencia⁽¹⁰⁾. A efectos prácticos el no exigir una decisión judicial o administrativa sobre la incapacidad del hijo, como antes parecía establecerse (Instrucción Dirección General de Inmigración de 17 de enero de 2008), puede ser positivo por varios motivos.

La regulación anterior, como ya se ha señalado, establecía que los incapacitados debían serlo de conformidad con la ley española o su ley personal, introduciéndose así unas previsiones extrañas a las soluciones de Derecho internacional privado. Era una conexión alternativa que operaba en este ámbito, con conexiones de Derecho internacional privado. Pero, además, habida cuenta de las diferencias existentes en los diferentes ordenamientos jurídicos en esta materia, bien podía ocurrir que supuestos de incapacidad recogidos en la norma extranjera no fueran conocidos por la normativa española o al revés. Sin contar con que pudiera ocurrir que no existiera sentencia judicial que declarara la incapacidad, pero ésta existiera de *facto*.

En los casos en que los hijos sean de uno solo de los cónyuges o de la pareja (según la interpretación que como se ha señalado debe hacerse a la luz del artículo 17.4) también será posible la reagrupación, siempre que concurren las siguientes condiciones:

- Las mismas que se exigían a los hijos del residente y del cónyuge, esto es, menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud.
- El cónyuge deberá ejercer en solitario la patria potestad o será a él a quien le corresponda la custodia y los hijos deben estar efectivamente a su cargo⁽¹¹⁾.

(10) Así lo confirma la Instrucción DGI/SGRJ/08/2009 de 14 de diciembre de 2009, sobre aplicación de la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en materia de reagrupación familiar, el requisito se relaciona «con la realidad material de que, a resultas de su discapacidad física o mental, la persona a reagrupar no sea capaz de proveerse por sí misma (lo que deberá quedar acreditado por cualquier medio de prueba admitido en Derecho)».

(11) La solicitud del permiso por reagrupación familiar irá acompañada en estos supuestos de la documentación, debidamente traducida y legalizada, acreditativa de ejercer en solitario la patria potestad, tener otorgada la custodia o autorización expresa y fehaciente del otro progenitor.

La reagrupación familiar implica que los hijos abandonarán su país de residencia para venir a residir a España con su progenitor o progenitores. El desplazamiento internacional puede conllevar el riesgo de que el traslado de aquéllos se pudiera producir vulnerando una sentencia o resolución relativa a la guardia y custodia del menor. Para evitar estas situaciones y, en concreto, el que la reagrupación pudiera servir de cobertura a una sustracción internacional del hijo, se establecen estas prevenciones que no se encuentran, sin embargo, en el real decreto, pese a que la situación de desplazamiento también existirá.

Cabe señalar también, que siempre que concurren estas condiciones será posible la reagrupación, por lo que esta vía podrá ser utilizada para reagrupar a los hijos de un cónyuge que reside en España con otra persona que no sea el progenitor de éstos. Esto puede resultar especialmente llamativo cuando la situación derive de un matrimonio polígamo (institución propia del Derecho islámico) válido en el país de origen de los inmigrantes.

En efecto, el marido ha podido reagrupar a una de las esposas, utilizando para ello la vía del artículo 17.a) y también puede reagrupar a los hijos de ambos. Pues bien, siempre que tenga la patria potestad en solitario de los hijos de otra de sus esposas o, en su caso, a él le corresponda la custodia y los hijos estén efectivamente a su cargo, también podrá reagrupar a éstos. La situación en realidad no es muy diferente de la que se puede producir cuando se reagrupa a los hijos de un excónyuge, si atendemos al hecho de que al progenitor reagrupante se le ha reconocido el derecho de tener en solitario a los hijos. Es por ello, que las prevenciones que deberían tomarse, en todo caso, deben girar en ambos supuestos, en torno a garantizar que con esa nueva situación no se vulnere el interés superior del menor a reagrupar.

Supuestos como el analizado ya se han planteado respecto de matrimonios polígamos. La Sentencia del TSJ de Madrid de 21 de julio de 2010 conoce de un recurso contra la denegación de visados por reagrupación familiar de los hijos de un natural de Gambia, nacionalizado español, que viven en aquel país con otros hermanos y con su madre, mientras que el posible reagrupante convive en España con otra esposa y otros hijos⁽¹²⁾.

Siguiendo la argumentación que se acaba de exponer, puede afirmarse que utilizar como base de la fundamentación para la denegación del visado, el que se produce un supuesto fraude de ley, con base en que el artículo 17.1.a) prohíbe la reagrupación de más de un cónyuge, es una argumentación cuando menos débil⁽¹³⁾. Deberá analizarse en el caso concreto, si la nueva situación que generaría la reagrupación daría lugar, en su caso, a un desarraigo de los menores que pasarían a integrarse en una nueva familia y si ello vulneraría su interés superior. Procedería realizar, a la luz de las circunstancias del caso concreto, ese mismo análisis cuando la reagrupación se solicitara de hijos de un excónyuge y obsérvese que, entonces, no habría lugar a utilizar aquella fundamentación relativa a los matrimonios polígamos.

(12) Sentencia núm. 707/2010 Jur/2010/369584. Al ser el reagrupante nacionalizado español ha de tenerse en cuenta la disposición final 3.ª del RD 240/2007, de 16 de febrero.

(13) V. Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia citada. Para un acercamiento general al interés superior del menor en los procesos migratorios v. ADAM MUÑOZ, M.ªD., «El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados» en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, 2009, pp. 11 a 45, y sobre la posible integración de los inmigrantes a través de este cauce ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «La reagrupación familiar como vehículo de integración de los inmigrantes» en AAVV, *Estudios sobre Derecho de Extranjería*, 2005, pp. 211 a 248.

I. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE DESCENDIENTES

El último inciso de este precepto se dedica a los hijos adoptivos, que, en consonancia con el principio de igualdad, serán beneficiarios de la reagrupación familiar en las mismas condiciones que lo serán los hijos naturales. La redacción del precepto resulta deficiente en este punto, pues si bien en el primer supuesto: hijos del residente y del cónyuge, se añade expresamente *incluidos los adoptados*, nada se dice respecto del supuesto relativo a los hijos de uno solo de los cónyuges, cuando es evidente que también deberá entenderse incluidos a los hijos adoptivos.

En todos los casos la Ley de extranjería exige que se acredite que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efectos en España. Con ello se está aludiendo, en realidad, a una cuestión previa «impropia» desde la perspectiva internacional privatista, pues la cuestión principal no es una cuestión de Derecho internacional privado, sino una cuestión de Derecho público. La adopción para que dé lugar a la reagrupación, ha de ser una adopción válida y para ello se han debido respetar las normas del país en que se constituyó. En definitiva, que se ha de plantear la validez de una adopción de un extranjero adoptado por extranjeros en el extranjero. Lo mismo ocurre cuando se trata de reagrupar al cónyuge y se analiza, entonces, la validez del matrimonio celebrado en el extranjero entre extranjeros [artículo 17.a)].

Es evidente que los matrimonios que no son válidos o las adopciones que tampoco lo son, no producirán efectos civiles o de Derecho privado en España y, por ello, no servirán de base para la reagrupación del cónyuge o del adoptado. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional⁽¹⁴⁾ establece en su artículo 26 los requisitos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras, en defecto de normas internacionales y a ella cabe remitirse para comprobar si la adopción puede producir efectos en España. El artículo 27 establece que la autoridad española ante la que se suscite la validez de una adopción constituida por autoridad extranjera, controlará incidentalmente la validez de esa adopción en España, con arreglo a las normas contenidas en esa ley.

Entre los requisitos que deben concurrir en la resolución extranjera de adopción, destacan, además de la competencia de la autoridad que la constituyó y el cumplimiento de la legislación aplicable a su constitución (todo ello conforme a las normas internacionales privatistas del Estado del país de constitución), ciertos requisitos de fondo especialmente importantes. Me refiero a la exigencia de que la adopción debe extinguir los vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptando y la familia anterior. Debe, a su vez, hacer surgir vínculos de filiación y, por último, la adopción ha de ser irrevocable (artículo 26.2).

La consecuencia directa de estos requisitos es que en principio no habrá lugar a la reagrupación familiar por esta vía, en supuestos en que la adopción sea simple y no plena⁽¹⁵⁾.

(14) BOE de 29 de diciembre de 2007.

(15) Si bien la ley introduce como novedad la posibilidad de conversión en plena de la adopción simple (artículo 30.4), v. sobre el particular CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre: aplicación de la Ley española» en *La Ley*, núm. 6953 (26 de mayo de 2008), pp. 1 y ss. «Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre: aplicación de la Ley extranjera» en *La Ley*, núm. 6997 (25 de julio de 2008), pp. 1 y ss. *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre adopción internacional (reflexiones y comentarios)*, Granada 2008 y «Críticas y contra críticas en torno a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones» en *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 2, núm. 1 (2010), <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/976/443>.

En estos casos no se rompen los vínculos de filiación con la familia anterior y, por tanto, no reúne los requisitos necesarios para producir los plenos efectos de una adopción en España. Debe recordarse que éstos serán los que se exijan, ya que el supuesto de reagrupación del que se trata es el referido a «hijos» y, por ende, a los hijos adoptados que comparten con aquellos el mismo estatus y éstos sólo serán aquellos respecto de los cuales se ha constituido una adopción plena.

En los casos en que la adopción internacional se ha realizado al amparo del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción⁽¹⁶⁾, el reconocimiento de aquélla de pleno derecho se producirá de manera automática en todos los Estados parte (artículo 23). Bastará para ello con que la adopción sea certificada conforme al Convenio, por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar.

Cabe señalar, por último, que aunque en el precepto no se haga referencia a las adopciones fraudulentas, cosa que sí ocurre con el supuesto relativo a la reagrupación del cónyuge [que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley —artículo 17.1.a)—], es evidente que aquéllas no darán lugar a la reagrupación familiar y ello aun cuando fueran válidas según la normativa rectora de su constitución. La adopción por conveniencia es un fenómeno que manifiesta la búsqueda de nuevos cauces fraudulentos de entrada en un país. El preocupante aumento de estas adopciones ficticias ya fue alertado por las autoridades de la Unión Europea⁽¹⁷⁾.

III. REAGRUPACIÓN DE LOS REPRESENTADOS LEGALES DEL RESIDENTE EXTRANJERO

El tercer supuesto de familiares a los que tiene derecho a reagrupar el extranjero residente en España, es el de aquellas personas respecto de las cuales es su representante legal. Este apartado del artículo 17 ha sufrido dos modificaciones en su redacción dada por la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009.

La primera parece tratar de ajustar las condiciones de los reagrupados (representados legales del residente extranjero) a lo dispuesto en el mismo precepto para los hijos en el apartado b). Se establece, por consiguiente, que podrán ser reagrupados los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad, que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Llama la atención, no obstante, el que no se concrete, como sí hace el precepto relativo a hijos, el que ese último supuesto se refiera a personas con discapacidad.

La ausencia de esta precisión lleva a preguntarse si ha sido un olvido del legislador o si en realidad el apartado c) puede referirse a un supuesto material distinto. Obsérvese que un mayor de edad pudiera no ser objetivamente capaz de proveer a sus necesidades, debido

(16) BOE 1 de agosto de 1995.

(17) Sobre este fenómeno v. DIAGO DIAGO, M.^a P., «Adopciones ficticias o por conveniencia», en AAVV, *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid 2004, pp. 229 a 247. Cabe apuntar en esta línea que también se están produciendo declaraciones de filiación en fraude de ley, v. una aproximación en RUIZ SUTIL, C., «Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 24, julio 2010, pp. 37 a 53.

I. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE DESCENDIENTES

a su estado de salud, pero no por padecer una discapacidad, sino fruto de una enfermedad transitoria, por ejemplo. Hubiera sido deseable que se hubiera unificado la descripción de este supuesto tanto para hijos como para sometidos a representación legal, como por otro lado ocurría en la redacción de origen.

Ante este nuevo desajuste, la Instrucción DGI/SGRJ/08/2009, de 14 de diciembre de 2009, sobre aplicación de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en materia de reagrupación familiar, se apresura a dar el mismo tratamiento al supuesto de «hijos» que al de «personas de las que el extranjero reagrupante sea representante legal». Por consiguiente re-describe estos casos que sólo se referirán, tal y como señala, a menores de edad o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud. Resucita así el requisito de discapacidad, aunque nada diga de él el artículo 17.c) actual.

Valgan, por lo demás, las consideraciones realizadas en el epígrafe anterior con respecto a la mayoría-minoría de edad y la no necesidad de resolución de incapacitación a las cuales me remito.

La condición nuclear que caracteriza a este supuesto es que el reagrupante sea el representante legal de los menores de dieciocho y de los mayores en el supuesto ya mencionado. Pues bien, en este punto conviene recordar que el ámbito de aplicación del precepto se extenderá a aquellas instituciones de protección del menor o incapaz que atribuyan su representación legal al residente extranjero.

Para concretar estos supuestos, deberá tenerse presente la normativa internacional privatista y, en concreto, el artículo 9.6 del CC que dispone que la tutela y demás instituciones de protección del incapaz, se regularán por la ley nacional de éste. Será esa norma la que determinará si la representación legal corresponde o no al reagrupante. Téngase en cuenta, no obstante, que el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación, en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en la Haya el 19 de octubre de 1996 [entrará en vigor para España el 1 de enero de 2011, de conformidad con lo establecido en su artículo 61.2.a)] y que tal Convenio utiliza como conexión la de la residencia habitual del menor⁽¹⁸⁾.

Esta previsión es muy importante pues de nuevo el precepto parte de una institución conocida y regulada en el ordenamiento español, pero la reagrupación se deferirá a extranjeros y eso implica el que éstos puedan estar sometidos a instituciones extranjeras no conocidas por nuestro Derecho. Debe ser, por tanto, el Derecho extranjero el que determine si existe la representación legal o, en su caso, relación equivalente, y si su titularidad corresponde, en efecto, al extranjero residente.

Un ejemplo paradigmático de institución desconocida por nuestro ordenamiento lo ofrece la *Kafala*⁽¹⁹⁾. Se trata de una institución propia del mundo islámico por la cual el

(18) Instrumento de Ratificación del Convenio, *BOE* de 2 de diciembre de 2010.

(19) V. desde una perspectiva internacional privatista y, en general, QUIÑONES ESCÁMEZ, A.; RODRÍGUEZ BENOT, A.; ZERKRI, H. y OUHIDA, J., *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009. DIAGO DIAGO, M.ª P., «La *Kafala* islámica en España» en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT), vol. 2, núm. 1, marzo 2010, <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/977/448>. RODRÍGUEZ BENOT, A.,

kafil (titular de la *Kafala*) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (*makful*) de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo. Es importante resaltar la manera gráfica en que se describen las obligaciones que derivan de la *Kafala* tanto en el Código Argelino de estatuto personal⁽²⁰⁾, artículo 116, *de igual forma que lo haría un padre por su hijo*, como en la Ley marroquí núm. 15-01 relativa a la *Kafala* de los menores abandonados *de la misma manera que lo haría un padre por su hijo*.

Pues bien, la pregunta que cabe hacerse es si los *makful* podrán ser reagrupados con el *kafil* residente en España conforme a lo dispuesto en el artículo 17.1.c) de la Ley de extranjería. Cabe señalar que la reagrupación no podrá realizarse conforme a lo dispuesto en el apartado b) por cuanto que la *Kafala* no es una adopción y, por tanto, el *kafil* no tiene la consideración de hijo, tal y como establece el ordenamiento conforme al cual se constituye la resolución de *Kafala*.

La existencia de diferentes tipos de *Kafala* y los diferentes efectos a los que cada una de ellos da lugar, ha llevado a que se prevean procedimientos distintos en el ámbito que nos ocupa. La decisión que lleva a considerar adecuado uno u otro, toma como base el supuesto concreto sobre el que se demanda la reagrupación o, en su caso, la entrada en España y, por ende, la ley personal del menor.

En efecto, tal y como dispuso la Instrucción DGI/SGRJ/07/2007 de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 27 de septiembre de 2007, sobre acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles, deben diferenciarse dos supuestos. Aquellos en que la *Kafala* se hubiera constituido con intervención de los padres biológicos del menor y aquellos otros en los que, por ser el niño huérfano o haber sido declarado abandonado por las Autoridades marroquíes, no se hubiera producido la intervención de los padres⁽²¹⁾.

En el primer supuesto la entrada del menor seguirá lo dispuesto en el artículo 93 del Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre⁽²²⁾, que regula el régimen aplicable a los programas de desplazamiento temporal de los menores extranjeros. El motivo último que conduce a utilizar esta vía, y

«Adopción y *kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales», en *Derecho internacional y Relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 195 y ss. y «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *kafala*)», en *Revista General del Derecho*, núm. 667 (abril de 2000), pp. 4419 y ss. En el ámbito de extranjería v., entre otros, ARCE JIMÉNEZ, E., «La *kafala* marroquí y la legislación de extranjería», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 13 (noviembre de 2006), pp. 265 y ss. y LÓPEZ AZCONA, A., «La institución de la *kafala* y el Derecho de extranjería: breve noticia de algunas resoluciones judiciales», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 11 (marzo de 2006), pp. 223 y ss.

(20) V. RUIZ-ALMODÓVAR, *El Derecho Privado en los países árabes. Códigos de estatuto personal*, Granada 2005, pp. 11 y ss. Ley núm. 84-11, de 9 de junio de 1984, por la que se aprueba el Código modificado posteriormente por Decreto de 27 de febrero de 2005.

(21) Para un acercamiento exhaustivo de la perspectiva administrativa de la entrada en territorio español del menor sometido a *Kafala* ante autoridad marroquí v. por todos RODRÍGUEZ BENOT, A., *op. cit.*, «La eficacia de la *Kafala* ante el ordenamiento español» en AAVV, *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009.

(22) BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005.

I. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE DESCENDIENTES

no otra, es el de considerar que este tipo de *Kafala* no es equiparable a una tutela y, por consiguiente, no atribuye al *kafil* la representación legal sobre el *makful*.

El segundo supuesto recibe un tratamiento diferente, sobre la base de considerar que en este tipo de *Kafala*, el *kafil* asume la tutela prevista por el Derecho marroquí, esto es, la tutela dativa, lo que lleva a entender que el *kafil* es, en realidad, representante legal del menor marroquí. Se podrá tramitar, entonces, un visado por reagrupación familiar⁽²³⁾ con base en lo establecido precisamente en el artículo 17.1.c).

Por lo demás, cabe señalar que ante los problemas que ha generado el hecho de que el representante legal del menor sea español y no pudiera aplicarse el régimen establecido en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁽²⁴⁾, por no estar dicho menor marroquí incluido en la disposición adicional 20.^a, apartado 1.º, letra c), del Reglamento de extranjería (introducida por el Real Decreto 240/2007), sería de aplicación la Ley de extranjería⁽²⁵⁾.

En relación con estas situaciones cabe recordar que la nueva modificación de esta norma (Ley 2/2009) establece, en su disposición adicional 2.^a titulada: Reagrupación familiar de ciudadanos españoles respecto a sus familiares nacionales de terceros países, lo siguiente:

«Reglamentariamente se podrán establecer condiciones especiales más favorables, respecto de las previstas en esta Ley, para la reagrupación familiar ejercida por los españoles».

En el caso en que la institución en particular sea la adopción simple que, como se ha visto en el apartado anterior dedicado al artículo 17.1.b), no da lugar a la reagrupación por esta vía, puede, sin embargo, constituir un supuesto idóneo de reagrupación por vía del apartado c). Pero para que esto sea así la norma extranjera, esto es, la ley nacional del adoptando debe atribuir *ex lege* la representación legal al adoptante. La base jurídica de este planteamiento ya no reside en el artículo 9.6 del CC sino en el 9.4 en concordancia con el 30.2 de la Ley de adopción internacional: «la ley nacional del adoptado en forma simple o menos plena determinará la existencia, validez y efectos de tales adopciones, así como la atribución de la patria potestad».

Tal y como ocurría con el matrimonio o con la adopción, también en los supuestos de representación legal, se plantea la validez del acto jurídico del que deviene. Sólo si es válido conforme a la normativa del país de constitución, podrá desplegar los efectos correspondientes en este caso, referidos a la reagrupación familiar.

Pero, además, el acto jurídico del que se trate debe reunir los elementos necesarios para producir efectos en España. Tal previsión se recoge, como se ha visto, para el caso de

(23) V. ZABALO ESCUDERO, E., «Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia» en *Revista Derecho migratorio y extranjería*, núm.18, 2008, pp. 45 a 80.

(24) *BOE* núm. 51, de 28 de febrero de 2007.

(25) V., al respecto, el Oficio del Director del Gabinete de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración sobre la *Kafala* de 13 de enero de 2010 que viene a confirmar lo establecido en las Instrucciones en relación con la tramitación de las solicitudes de visado para la venida a España de menores extranjeros, para su acogimiento por parte de ciudadanos españoles o residentes en el extranjero, que presentan resoluciones de *Kafala*.

los hijos adoptivos en el artículo 17.1.b) y para el caso de la reagrupación de las personas con relación de afectividad análoga a la conyugal, que se analizará más adelante, en el artículo 17.4, pero no en relación con los actos jurídicos que determinen la representación legal del residente extranjero.

De nuevo se produce un desigual tratamiento que carece de toda justificación, máxime cuando en su lugar se introduce una «especie» de cláusula de orden público internacional que provoca, cuando menos, sorpresa. La segunda modificación incorporada por la Ley 2/2009 se refiere a una segunda condición que se añade al requisito nuclear de que el reagrupante sea el representante legal de los posibles reagrupados:

«El acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español».

La práctica ha puesto de relieve que existen casos en que ciertos ordenamientos jurídicos aceptan que los padres «cedan» voluntariamente la patria potestad de sus hijos a un tercero y con ello cedan la representación legal. Respecto de estos supuestos, cabría preguntar si el menor podría ser reagrupado en España por la vía objeto de estudio⁽²⁶⁾.

Es evidente que, de producirse esta situación, el concreto acto jurídico no desplegará efectos, pues así lo impedirá la cláusula general de orden público internacional⁽²⁷⁾, siempre que tales leyes extranjeras sean contrarias a nuestros principios fundamentales. Cabe afirmar, por tanto, que este inciso no añade nada al precepto. Si a ello añadimos los «olvidos» que se pueden detectar y que generan una falta de homogeneidad con la regulación dada a los otros supuestos de reagrupación, la conclusión apunta a la defectuosa técnica legislativa empleada y al incomprensible desconocimiento del legislador de nuestras propias normas de Derecho internacional privado, así como de su funcionamiento.

IV. REAGRUPACIÓN DE PERSONA CON LA QUE EL EXTRANJERO RESIDENTE MANTENGA UNA RELACIÓN AFECTIVA ANÁLOGA A LA CONYUGAL

El apartado cuarto del artículo 17 introduce la novedad más importante que aporta la Ley 2/2009 a la regulación del derecho a la reagrupación familiar. Tras un prolongado silencio del legislador español, se incluye entre los beneficiarios de este derecho, a la persona que tenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal. Dicho de manera más sencilla, podrá ser reagrupada la pareja de hecho del residente extranjero. A estos reagrupados, tal y como señala el Preámbulo de la Ley, se les facilita el acceso inmediato al mercado de trabajo⁽²⁸⁾.

(26) Es el caso del Derecho argelino, ecuatoriano y dominicano y existe jurisprudencia de la DGRN sobre el particular, valga como ejemplo RDGRN de 21 de abril de 2005, Con. DGRN de 11 de mayo de 2006. V. sobre esta cuestión CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Persona física» en AAVV, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, 2010, p. 64.

(27) Sobre esta cláusula y su funcionamiento v. el interesante estudio de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Orden público internacional y externalidades negativas» en *BIMJ* 2008, núm. 2065, pp. 2351 a 2378.

(28) Apartado VII.

I. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE DESCENDIENTES

Esta ampliación debe ser valorada de manera positiva, dado el reconocimiento a nivel social y jurídico que estas uniones tienen y su correspondiente equiparación a las uniones matrimoniales, no sólo en nuestro ordenamiento, sino en los del resto de los países de la Unión Europea⁽²⁹⁾. No se debe olvidar, además, que es un modelo que vertebra a las familias en muchos de los países de origen de los inmigrantes, siendo especialmente significativos los países Iberoamericanos. Conviene recordar, además, que el artículo 39 de nuestra Constitución protege a la familia y, por ende, a la familia no matrimonial.

La Directiva de 2003 sobre reagrupación familiar ya había abierto las puertas a esta posibilidad, dejando a la discrecionalidad de los diferentes Estados miembros el acogerse a ella o no. El artículo 4.3 era claro al señalar que éstos podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y residencia del compañero no casado nacional de un país tercero, que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada.

Por su parte, la Directiva 2004/38 relativa a los derechos de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, ya incluía como miembro de la familia a la pareja registrada⁽³⁰⁾. De ello trae causa directa la inclusión en el real decreto de 2007 de la pareja con la que se mantenga una relación análoga a la conyugal, inscrita en un Registro público de un Estado de la Unión Europea o parte del Espacio Económico Europeo.

Se puede observar que hasta estos momentos y en relación con esta cuestión, se producía una evidente diferencia de trato con la regulación de la Ley de extranjería. Pero, además, esas diferencias se veían agravadas por el hecho de que ya la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, designaba entre los beneficiarios de asilo al cónyuge del refugiado o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia (precisión que mantiene la actual Ley 12/2009 reguladora del Derecho de asilo y de la protección subsidiaria). Por su parte, la jurisprudencia, en algunas decisiones, ya vino a anticipar la solución que ahora ha acogido el legislador, valgan como ejemplos las SSTs de 9 de marzo y 6 de mayo de 2000.

Ahora bien, si la respuesta legal introducida por la Ley 2/2009 merece una valoración positiva, como ya se ha señalado, no puede decirse lo mismo de la técnica legislativa utilizada por aquélla, en la regulación de esta cuestión. Como se va a tener ocasión de exponer, la precisión que se hace de este nuevo supuesto de reagrupación es deficiente, se aparta de la regulación dada en el RD 2007 (que bien podía haber sido tomado como referencia) y genera cierta confusión. Deberá ser, por tanto, la vía reglamentaria la que precise con más exactitud el concreto supuesto, su alcance y las condiciones de ejercicio de reagrupación.

Como ya se ha tenido ocasión de señalar, es el apartado 1 del artículo 17 el que tiene por objeto determinar los vínculos familiares que son causa del Derecho de reagrupación. Es evidente que estos vínculos describen la concepción de la familia existente en nuestra

(29) Para un acercamiento sobre esta cuestión v. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Barcelona, 2007.

(30) V. sobre este particular ZABALO ESCUDERO, E., «Derecho comunitario, vida familiar y desplazamientos de personas en la Unión Europea» en *Aequalitas*, núm. 16, 2005, pp. 28 a 33, y «Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia», en *Revista Derecho migratorio y extranjería*, núm. 18, 2008, pp. 45 a 80.

sociedad y, como ya se ha indicado, esta concepción aprehende en la actualidad, a las uniones de hecho que son un modelo más de familia⁽³¹⁾. Es por ello que debería haberse plasmado esta realidad en la legislación de extranjería, no como una especie de «parche» a lo que ya había, sino con el protagonismo que merece un modelo que integra, junto a las uniones matrimoniales, el concepto mismo de aquélla.

La ocasión perfecta la brindaba la reforma. Desde estas consideraciones, hubiera sido deseable que se hubiera integrado este supuesto dentro del resto de supuestos que recoge el artículo 17.1. En concreto, debería haberse incorporado un nueva letra inmediatamente después de la dedicada a la reagrupación del cónyuge del residente (a). Además, debería haberse previsto de manera expresa, la extensión de los supuestos de reagrupación familiar a los hijos de la pareja, sin que fuera necesario realizar ninguna interpretación sobre el particular [v. las reflexiones anteriores dedicadas al artículo 17.1.b)].

Ésta no es, sin embargo, la vía elegida por el legislador. Éste ha preferido incorporar un apartado cuarto al artículo 17, que se antoja una especie de «añadido», y que, inevitablemente, requiere de una interpretación que se focaliza en lo dispuesto para la familia matrimonial.

En efecto, a partir del nuevo artículo 17.4 habrá que determinar la extensión del supuesto mismo, a la luz de la equiparación con el cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo. Así pues, las previsiones relativas a la reagrupación del cónyuge se entienden hechas, también, para la pareja del residente extranjero. Lo mismo cabe decir respecto de la reagrupación de hijos del residente y de su cónyuge, supuesto en que deberá entenderse comprendida la pareja, o hijos de uno de los cónyuges, supuesto en que deberá, igualmente, entenderse comprendida la pareja.

Por lo que respecta a la delimitación concreta del supuesto descrito en el artículo 17.4, cabe llamar la atención sobre el hecho de que se evita mencionar el término «pareja». Se opta por describir, en su lugar, la relación que une a la persona con el residente extranjero como «relación de afectividad análoga a la conyugal», pero nada se dice de la necesidad de convivencia, ni se exige expresamente otro tipo de requisitos como hubiera sido el de inscripción en un Registro público y/o el de estabilidad⁽³²⁾.

Se puede observar, no obstante, que esa relación, para que produzca los efectos deseados, debe estar debidamente acreditada. El artículo 17.5 establece que reglamentariamente se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación, así como para acreditar, a estos efectos, la relación de afectividad análoga a la conyugal.

La falta de precisión en la descripción del supuesto choca con la exigencia que establece el RD 2007, de que la pareja ha de estar inscrita en un Registro público, establecido a estos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Acuerdo

(31) V. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Barcelona, 2004. Para un acercamiento al modelo de familia que ha utilizado el legislador de la UE en este ámbito v. ASÍN CABRERA, M.ª A., «Reagrupación familiar y modelos de familia en la UE» en AAVV, *Fronteras exteriores de la UE e inmigración a España: relaciones internacionales y derecho*, 2007, pp. 153 a 174. Respecto al modelo que ha utilizado el legislador español v. FREIRE CORREIA DE GUSMAO, A.C., «El Derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario» en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 23, 2010, pp. 113 a 160.

(32) O el control de que tales uniones no fueran fraudulentas. Sobre esta cuestión y referida a la unión matrimonial v. aproximación en GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Matrimonio e inmigración. El control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar*, Madrid, 2008.

I. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE DESCENDIENTES

sobre el Espacio Económico Europeo. La consecuencia directa de esta regulación, es que quedarán fuera del derecho a la reagrupación las parejas que mantienen una convivencia de *facto* pero que no cumplen con este requisito administrativo.

Si nos atenemos sólo al texto de la ley y no acudimos a la práctica que se está siguiendo, cabría preguntarse si la falta de delimitación responde, en realidad, a una voluntad del legislador de dar cabida a las parejas que, sin estar inscritas, puedan probar su relación de afectividad. De ser así, conviene advertir que la solución entrañaría varias dificultades. Por un lado, debería establecerse cómo se probará esta relación de afectividad y debe tenerse en cuenta que el precepto no exige convivencia (a diferencia de la Ley de asilo y refugio) lo que llevaría a que se pudieran aceptar relaciones de afectividad establecidas a distancia, siempre, claro está, que pudiera probarse su existencia. Obsérvese que tampoco exige estabilidad, por lo que pudiera ocurrir que la relación sufriera interrupciones a lo largo del tiempo. La constitución de la pareja de hecho, pudiera ser «artificial» y entonces su única finalidad sería la de acceder a la reagrupación por esta vía, lo que nos situaría ante parejas de hecho «de conveniencia»⁽³³⁾.

La solución permitiría, por otro lado, la reagrupación de parejas que no están inscritas en ningún Registro, porque puede que esa modalidad no exista en el país de origen de los inmigrantes. Desde esta perspectiva, la solución daría cobertura a una realidad que impediría la reagrupación en tales casos. Ahora bien, piénsese que esta vía podría utilizarse, igualmente, por las parejas que podrían estar inscritas conforme a lo que establece su ley nacional, en los Registros existentes en su país y que, no obstante, no lo están, porque sus integrantes no han querido estarlo. Opción que no podrá utilizarse para el caso de la reunión con nacionales de Estados miembros pues, como se ha visto, no está contemplada en el RD 2007. Se produciría, entonces, una distorsión en el tratamiento que las dos normativas hacen de un mismo supuesto y que merecería una justificación.

El precepto incorpora, también, una previsión que es similar a la que se incorpora para la reagrupación de adoptados: *la relación debe reunir los requisitos necesarios para producir efectos en España*, con una importante diferencia, el apartado b) hace referencia a la resolución por la que se acordó la adopción, mientras que el 17.4 se refiere sólo a la relación⁽³⁴⁾.

Deberá entenderse que, de aceptar como soporte de la reagrupación familiar una relación de afectividad no objeto de inscripción en ningún registro, será necesario fijar los requisitos materiales que deben concurrir en ella, para que dé lugar a la reagrupación. Ello puede no ser fácil, si se pretende tomar como modelo a las legislaciones autonómicas que, dentro del Derecho español, regulan la configuración y efectos de estas parejas. Las diferencias que existen en este punto entre ellas son notorias.

(33) El artículo 53.2.b) de la Ley de extranjería establece como infracción grave «contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito». Respecto de las reacciones de nuestra legislación ante la celebración de matrimonio por conveniencia, algunas de las cuales se pueden extender a la «pareja por conveniencia» v. DIAGO DIAGO, M.ª P., «La nulidad de los matrimonios de conveniencia o la Historia de los matrimonios que nunca existieron» en AAVV, *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*, Sevilla, 2009, pp. 282 a 313.

(34) Además, el 17.4 se refiere a los «requisitos» necesarios para producir efectos en España, mientras que el 17.b) hace referencia a los «elementos» necesarios para producir efectos en España.

En el supuesto en que la pareja esté debidamente inscrita en el Registro de parejas de su país de origen, será el certificado de inscripción el que ha de reunir los requisitos necesarios para producir efectos en España. Bien entendido que tales requisitos se referirán a la validez del documento como tal, y no al acto jurídico contenido en el documento. Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con la adopción, respecto de la cual existe normativa internacional privatista que determina las condiciones que deben concurrir para que aquélla sea válida en España, no existen, sin embargo, normas semejantes referidas a las parejas de hecho. Resulta evidente, por lo demás, que para que aquellos requisitos concurren, la inscripción ha de estar en vigor y ninguno de los miembros de la pareja ha de estar casado simultáneamente.

El segundo inciso del artículo 17.4 establece, con acierto, el que en todo caso las situaciones de matrimonio y de análoga relación de afectividad, se considerarán incompatibles entre sí. A lo que debería añadirse el que también son incompatibles varias relaciones de afectividad entre sí. Dada la falta de comunicación entre los Registros, no sería tan extraordinario el que una persona apareciera registrada con parejas distintas en diferentes Registros.

En estos casos, se debe entender que no se permitirá la reagrupación a más de una persona, con análoga relación de afectividad (lo mismo que no se permitiría a una persona que ya estuviera casada y el matrimonio estuviera en vigor) y ello según establece el precepto, aun cuando *la ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares*.

Con esta última precisión se reproduce lo establecido para la reagrupación de los cónyuges y que tiene por finalidad evitar que este derecho lo pueda ejercer más de una esposa, para los supuestos de matrimonios polígamos. Tal prevención tiene «tintes» de advertencia, puesto que es totalmente prescindible. Ante supuestos semejantes, la cláusula de orden público internacional desplegaría sus efectos y bloquearía la producción de la reagrupación de más de un cónyuge o de más de una pareja, pues tales modelos familiares son contrarios a los principios que inspiran la configuración de la familia, al menos en el momento actual.

Al igual que en supuestos señalados anteriormente, las incertidumbres generadas por la defectuosa redacción dada a este precepto, son salvadas en la práctica por las indicaciones contenidas en la ya mencionada Instrucción DGI/SGRJ/08/2009 sobre aplicación de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En ella se señala que la existencia de la relación de afectividad análoga a la conyugal, habrá de acreditarse mediante certificación expedida por el órgano encargado del Registro de parejas correspondientes, que habrá de ser en todo caso un Registro público establecido a dichos efectos.

Además, se concreta que la certificación registral deberá haber sido expedida por una antelación máxima de tres meses a la fecha de presentación de la solicitud de residencia por reagrupación familiar. Será de aplicación lo dispuesto en las Instrucciones de la Dirección General de Inmigración de 2 de junio de 2005 y 6/2008 (de 25 de septiembre), en materia de aportación de documentos públicos extranjeros para la tramitación de procedimientos en materia de extranjería e inmigración.

A la luz de la falta de precisión del artículo 17.4 que, como se ha visto, requiere de una inmediata implementación, que es de esperar realice el desarrollo reglamentario, puede señalarse que aquél es apto para dar cabida a una posible orientación diferente a la seguida hasta ahora. En realidad, cualquier giro en la política de inmigración en materia de parejas de hecho podría realizarse, sin que el precepto supusiera un obstáculo para ello.

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS: AUTORIZACIÓN DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA Y AUTORIZACIÓN SUSTITUTIVA

ELENA RODRÍGUEZ BALADO

Doctorando Departamento Derecho Constitucional Universidad de Barcelona. Secretario Judicial

RESUMEN

La intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión de extranjeros: autorización de la expulsión administrativa y autorización sustitutiva

El presente artículo analiza dos formas de intervención judicial en el ámbito de la expulsión de extranjeros: la primera la autorización judicial de la expulsión acordada en vía administrativa y la segunda la expulsión sustitutiva de la pena privativa de libertad impuesta. Tales figuras jurídicas plantean problemáticas específicas que se estudiarán separadamente, sin perjuicio de subrayar, como característica común de la normativa aplicable, la automaticidad de la expulsión matizada por un trabajo jurisprudencial amplio al que se hace referencia en el capítulo tercero. De los problemas que se tratarán en el presente trabajo destacaría el derivado de la ejecución inmediata de los decretos de expulsión, el desajuste que produce su aplicación en el ámbito procesal y la discusión no resuelta sobre la naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva, sin olvidar algunas cuestiones suscitadas cuyo estudio puede resultar de interés por las implicaciones que de ello podrían derivarse; me refiero en concreto a la no compensación del período de prisión preventiva del imputado extranjero y el posible efecto acumulativo de sanciones a que da lugar el artículo 89 del CP.

Palabras clave: extranjeros, expulsión, procedimiento penal, delitos, expulsión sustitutiva, ejecución de la expulsión.

ABSTRACT

Judicial control of aliens' deportation by criminal courts: judicial authorization of administrative deportation and judicial substitution of criminal convictions through expulsion

The current article analyzes two forms of judicial control of foreign people deportation: the first one is the judicial authorization of the agreed deportation through administrative channels and the second one or deportation as a substitute for a sentence to confinement. Such legal concepts outline some specific problems that will be studied separately, without detriment of underlining as a common feature of the applicable regulations, the automaticity of the deportation clarified by a wide legal work in chapter n. 3. The most important problem dealt with in the current work is the one derived from the immediate enforcement of the Deportation decree, the inconsistency derived from its implementation in the procedural field and the unresolved discussion about the legal nature of substitutive deportation, without forgetting some arisen questions whose can be of interest due to the implications derived from it, to be more precise I refer to the non compensation of the period spent on remand by the charged alien and the possible cumulative effect of penalties resulting from the article 89 of CP.

Key Words: foreign people, deportation, criminal proceeding, crimes, substitutive deportation, deportation enforcement

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

I. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN ACTUAL.

II. MODALIDADES DE LA EXPULSIÓN. AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA DE UN EXTRANJERO INCURSO EN UN PROCESO PENAL.

1. **Ámbito subjetivo de aplicación del precepto.**
2. **Ámbito objetivo de aplicación del precepto y alcance de la intervención de la jurisdicción penal.**
3. **Resolución judicial y efectos procesales.**
4. **Análisis crítico.**

III. MODALIDADES DE LA EXPULSIÓN. LA EXPULSIÓN SUSTITUTIVA (ARTÍCULO 89 DEL CP).

1. **Naturaleza jurídica de la expulsión.**
2. **Ámbito subjetivo de aplicación del precepto.**
3. **Ámbito objetivo de aplicación del precepto.**
4. **Breve apunte sobre la automaticidad del precepto.**
5. **Excepciones y límites a la aplicación automática del precepto.**
 - A) La naturaleza del delito
 - B) El arraigo familiar
 - C) El trato inhumano o degradante como límite a la expulsión
 - D) Juicio de proporcionalidad en materia de expulsión
6. **Ámbito temporal de la expulsión sustitutiva. Posibilidad de decidir en fase de ejecución de sentencia.**
7. **La expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento del último tramo de la pena de prisión.**
8. **Efectos de la expulsión e imposibilidad de ejecución.**
 - A) Efectos de la expulsión
 - B) Imposibilidad de ejecutar la expulsión
9. **Análisis crítico.**

IV. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El estudio de los artículos 57.7 de la LOE y 89 del CP referentes a la autorización judicial de la expulsión administrativa y expulsión sustitutiva tiene por objeto identificar los problemas que una aplicación habitual y de larga duración de ambos preceptos han minimizado y que afectan sin embargo al núcleo del ordenamiento jurídico.

Se tuvo presente en el desarrollo del trabajo el ámbito de influencia de ambos artículos en la medida en que afectan no sólo a los extranjeros sobre los que ha recaído un decreto de expulsión y que están incursos en un proceso penal, sino también e indirectamente a

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EXPULSIÓN

la totalidad de los beneficiarios del ordenamiento jurídico en el caso de que se observen incorrecciones notorias como consecuencia de su aplicación.

Teniendo en cuenta ambas consideraciones y antes de referirme a la estructura elegida merece la pena destacar tres características que marcaron la evolución de la expulsión judicial: la primera determinada por las sucesivas leyes orgánicas dictadas con el objetivo de estructurar la intervención de la jurisdicción penal. La segunda referida al papel indiscutible desempeñado por la jurisprudencia, en especial del Tribunal Supremo en el diseño de ambos preceptos, y por último la tendencia hacia una aplicación prácticamente automática de la expulsión.

Se trata por tanto, a partir de las características enunciadas, de identificar los puntos vulnerables de ambas figuras mediante una estructura que evite cualquier confusión teniendo en cuenta que los dos preceptos estudiados presentan importantes derivaciones de índole procesal.

En aplicación de esta idea se comenzó el estudio haciendo referencia a los antecedentes de la regulación actual, para abordar a continuación y en capítulos separados la autorización judicial de la expulsión administrativa y la expulsión sustitutiva de la pena privativa de libertad impuesta. Se termina el trabajo concretando, en el apartado de conclusiones, cada uno de los problemas observados en la aplicación de ambos preceptos con el propósito último de suscitar una duda razonable sobre la permanencia de ambas figuras en el ordenamiento jurídico.

I. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN ACTUAL

La LOE de 1 de julio de 1985 fue la primera norma creada con posterioridad a la Constitución que intentó formular y sintetizar los principios informadores de la situación jurídica de los extranjeros, evitando así la proliferación de disposiciones de distinto rango que regularon la materia con anterioridad al texto constitucional.

La referida Ley Orgánica concretó la intervención de la jurisdicción penal en dos momentos: la autorización judicial de la expulsión administrativa y la expulsión sustitutiva de la pena privativa de libertad.

La primera se resolvió diferenciando a su vez dos períodos, según la apertura del proceso penal fuera anterior a la iniciación por parte de la autoridad gubernativa del expediente de expulsión, o bien si al tiempo de incoarse un procedimiento penal el expediente gubernativo de expulsión ya se encontraba en trámite. En ambos casos la autorización de expulsión era facultad del Juez previa audiencia del Ministerio Fiscal.

La segunda atribuyó al Juez la decisión de expulsar a un extranjero del territorio nacional en sustitución de las penas impuestas a los extranjeros condenados en sentencia firme por un delito menos grave. En este caso se requería la audiencia previa del interesado así como la satisfacción previa de las responsabilidades civiles. Tal posibilidad se recogió en los artículos 21.2 párrafo segundo y 26.1 párrafo d) del citado texto.

Con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 se separaron ambos modelos de intervención quedando integrados en dos cuerpos normativos diferentes, por una parte la au-

torización judicial de la expulsión administrativa regulada en la LOE 7/1985, y por otra la expulsión sustitutiva de las penas privativas de libertad previstas en el artículo 89 del CP.

A su vez la LOE 7/1985 fue reformada por la LO 4/2000, de 11 de enero, de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, con posterioridad por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, y, por último, por la vigente LO 2/2009, de 11 de diciembre.

La primera reforma contenía en su artículo 53.4 una remisión expresa al artículo 89 del CP, respecto a extranjeros no residentes legalmente en España condenados por sentencia firme, manteniendo la autorización de la expulsión administrativa para el caso de que concurrieran respecto a un extranjero un decreto de expulsión y la imputación de un delito. No obstante la citada reforma, a diferencia de lo dispuesto en la LOE 7/1985, referida a los delitos menos graves (pena igual o inferior a prisión menor), mantuvo el carácter potestativo de la decisión jurisdiccional y modificó el ámbito objetivo de aplicación del precepto, refiriéndose en su caso a los delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años.

Por su parte, el artículo 89 del CP extendió su ámbito objetivo de aplicación no sólo a las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legal, sino también a las penas de prisión iguales o superiores a seis años cumplidas las tres cuartas partes de la condena. La decisión mantuvo su carácter discrecional y la audiencia del penado fue preceptiva.

La LO 4/2000, a diferencia de la LOE 7/1985, no mencionó en su artículo 53.4 las consecuencias derivadas del incumplimiento de la prohibición de entrada. Fue en el artículo 89.2 del CP donde se impuso la obligación de cumplimiento de las penas sustituidas para el caso de que el extranjero regresara antes del término de prohibición de entrada, período que podía oscilar entre tres y diez años en atención a la duración de la pena impuesta.

La segunda reforma introducida por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, modificó la redacción del artículo 53.4 pasando a constituir el 57.7. Dicha reforma excluyó toda posibilidad de autorización de la expulsión cuando se imputara al extranjero cualquiera de los delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del CP, esto es, delitos de tráfico ilegal de mano de obra y/o empleo de súbditos extranjeros, los delitos contra los derechos de los extranjeros y el favorecimiento o integración en asociaciones ilícitas dedicadas al tráfico ilegal de personas. Asimismo, la citada ley sustituyó el término difuso de encartado por el de inculcado o procesado, y amplió las posibilidades de expulsión a las medidas de seguridad privativas de libertad y a las penas privativas de libertad superiores a seis años, en este último caso cuando el penado hubiera cumplido las tres cuartas partes de la pena impuesta.

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, afectó a la autorización judicial de la expulsión administrativa y al artículo 89 del CP.

Se aludirá al contenido de dicha reforma en cada uno de los apartados siguientes, si bien se anticipa que su desarrollo culminó con una merma evidente del arbitrio judicial provocando incertidumbre en los operadores jurídicos en la aplicación de dicha normativa.

La mencionada Ley Orgánica estructura el número 7 del artículo 57 en tres apartados: a) la autorización de la expulsión administrativa, b) la salida de extranjeros del territorio nacional que en nada modifica el texto anterior, y el apartado c), donde se enumeran las

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EXPULSIÓN

excepciones en la aplicación del precepto respecto a los delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.a), 517 y 518 del CP.

La referida reforma afectó, básicamente, a los apartados a) y c) del citado punto 7, sustituyendo el término de extranjero imputado por el de inculcado y haciendo extensiva la posibilidad que prevé dicho artículo a la fase intermedia del procedimiento penal. Asimismo la resolución denegatoria de dicha autorización sólo se aplicará si concurren circunstancias excepcionales admitidas con anterioridad por la Jurisprudencia.

Interesa destacar que la vigente Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, no introdujo modificaciones sustanciales respecto al texto anterior, si bien instaura una referencia procesalmente más adecuada al referirse al extranjero imputado, circunstancia que, como se comprobará en el apartado correspondiente, tiene una indudable trascendencia en orden a la determinación del momento preclusivo de aplicación del precepto, sin embargo la expulsión mantiene su carácter semiautomático suprimiendo la referencia a circunstancias excepcionales que justificarían su denegación, lo cual en definitiva no hace más que incorporar al texto legal los criterios preestablecidos por la numerosa Jurisprudencia recaída sobre la materia.

Por otra parte, se actualizan las referencias del apartado 1.c) y 8 del artículo 57.7, se suprime la mención de los artículos 515.6.a), 517 y 518 del CP, y se incorpora al texto el artículo 313.

Lo que sí constituye una novedad de esta última reforma es el apartado 10 del referido artículo, que recoge el supuesto de expulsión de un residente de larga duración de otro Estado miembro de la Unión Europea que se encuentre en España fuera del territorio de la Unión, solo posible cuando la infracción cometida sea una de las previstas en los artículos 53.1.d) y f) y 54.1.a) y b) de esta Ley Orgánica y previa consulta a las autoridades competentes de dicho Estado miembro.

Hasta aquí las modificaciones observadas en el artículo 57.7 de la LO 2/2009, que no afectan a las cuestiones de fondo que se plantearán seguidamente.

II. MODALIDADES DE LA EXPULSIÓN. AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA DE UN EXTRANJERO INCURSO EN UN PROCESO PENAL

La versión anterior a la reforma introducida por la LO 11/2003 del artículo 57.7 de la LOE disponía que, cuando un extranjero se encontrara procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podría autorizar, previa audiencia del Ministerio Fiscal, su salida del territorio español siempre que se cumplieran los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión si esta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, siempre previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

La LO 11/2003 no solo afectó al contenido del artículo 89 del CP sino también al artículo 57.7 de la LO 8/2000, atribuyendo carácter semiimperativo a la decisión autorizatoria de la expulsión en términos análogos a los utilizados en el artículo 89 del CP para la expulsión sustitutiva. En el caso del artículo 57.7 de la LOE, el juez autorizará la expulsión previa

audiencia del Ministerio Fiscal, salvo que de forma motivada aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación; por consiguiente la regla general es la expulsión y la excepción la continuación del procedimiento. Asimismo el precepto legal modificado no exige que el procedimiento administrativo haya finalizado con una resolución administrativa de expulsión ni que deba aportarse al procedimiento para que el órgano judicial pueda comprobar si se han respetado los derechos del extranjero, sino que el control pasaría al ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante, este aspecto ha sido matizado por la Fiscalía General del Estado, que afirmó la necesidad de que el expediente administrativo estuviera concluido, aunque *no sería óbice para conceder la autorización que el referido acto administrativo estuviera recurrido* (Circular FGE 2/2006).

La LO 11/2003 fijó un plazo máximo de tres días para que el órgano judicial decidiera sobre la autorización de expulsión, aunque la falta de previsión legal sobre las consecuencias del incumplimiento del plazo fue subsanada por la Fiscalía, que consideró que el agotamiento del plazo no impide que se decida sobre la autorización solicitada, y que el transcurso del mismo sin resolución no significa una autorización tácita.

Por otra parte la nueva ley modificó el ámbito objetivo de aplicación del precepto haciéndolo extensivo a los supuestos en los que el extranjero estuviera incurrido en un proceso penal por delitos castigados con una pena privativa de libertad inferior a seis años (o una pena de distinta naturaleza) y por faltas. Dicha autorización conllevaría el archivo provisional de la causa, que no devendría definitivo en tanto no transcurrieran los plazos de prescripción. En el caso de imposibilidad de ejecución continuaría el procedimiento.

Seguidamente se hará referencia, en subapartados independientes, a tres cuestiones fundamentales para entender el sentido de la norma:

El primero relativo al ámbito subjetivo de aplicación del artículo 57.7 de la LOE, y momento preclusivo para formular la solicitud de autorización de la expulsión administrativa ante la jurisdicción penal; el segundo, al ámbito objetivo de aplicación del precepto y el alcance de la intervención de la jurisdicción penal; y el tercero, a la Resolución judicial y efectos procesales.

1. Ámbito subjetivo de aplicación del precepto

La imprecisión del artículo es notable, ya que en él se alude como destinatarios a los extranjeros en los que concurra la condición de inculcado o procesado.

En cuanto a qué debe entenderse por el término «*inculcado*», la CFGE 3/2001 consideró que el concepto debía ser aplicado *con toda la flexibilidad que le es propia*, de modo que tan pronto se concrete la inculpación en fase de Diligencias Previas mediante la citación del extranjero ante el Juez de Instrucción en calidad de imputado, quedará expedita la vía para autorizar judicialmente la expulsión gubernativa tal y como se reconoce expresamente en la STC número 24/2000 de 31 de enero, FJ 5.

Asimismo, es importante insistir en que el término *procesado* es inexacto, ya que la autorización de expulsión está prevista exclusivamente para el caso de que el delito lleve aparejada una pena privativa de libertad inferior a seis años, y el Auto de procesamiento sólo cabe en el proceso sumarial para los delitos castigados con una pena privativa de libertad superior a nueve años (artículo 384 de la LECr.).

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EXPULSIÓN

La cuestión aludida no es irrelevante ya que se relaciona de forma directa con el momento preclusivo para solicitar la autorización de expulsión, en la medida en que los términos utilizados vinculan al sujeto activo de la acción penal con momentos procesales concretos, remitiendo a la etapa de instrucción y como máximo a la fase intermedia del procedimiento que concluirá con el Auto de apertura del juicio oral. En consecuencia la solicitud extemporánea de una autorización administrativa de expulsión se enfrentaría a un Auto dictado en el proceso penal que es por otra parte irrecurrible y que encauza el procedimiento hacia su etapa final, que concluirá con Sentencia. A partir de este momento cambiará la condición procesal del extranjero que asumirá la condición de penado, quedando sujeto al artículo 89 del CP si recayere sentencia condenatoria y si ésta impusiere una pena privativa de libertad.

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, exigió que se incluyera la expulsión sustitutiva de la pena de prisión en la propia Sentencia de instancia y fijó el momento preclusivo de la autorización de expulsión en el acto de juicio oral y no en fases posteriores, como parecía apuntar alguna Jurisprudencia⁽¹⁾. Por su parte la Fiscalía General del Estado fijó el momento preclusivo para solicitar la autorización judicial de la expulsión en la fase de inicio de las sesiones del juicio oral, de modo que si recaía Sentencia condenatoria respecto del acusado extranjero éste pasaría a la condición procesal de penado no siendo procedente la autorización vía artículo 57.7 de la LOE, sino, en su caso, la expulsión sustitutiva prevista en el artículo 89 del CP.

Teniendo en cuenta lo anterior, un proceso penal que ha avanzado hasta la fase de celebración del juicio oral sólo podrá terminar por Sentencia, no pudiendo interrumpirse el procedimiento sin ocasionar un grave quebranto de las estructuras procesales, máxime si se tiene en cuenta que en dicho proceso han recaído resoluciones firmes y que se ha desarrollado una práctica probatoria orientada al esclarecimiento de los hechos y a la determinación de la responsabilidad del presunto culpable.

La cuestión mencionada en párrafos anteriores fue parcialmente modificada por la Ley Orgánica 2/2009 con la sustitución del término inculcado por imputado, manteniendo, no obstante, la referencia a la condición de extranjero procesado. Lo dicho respecto a la incorrección de este último término mantiene su virtualidad, en tanto que la referencia a imputado limita la posibilidad prevista en el citado artículo a la fase de instrucción del proceso penal, lo cual no deja de tener cierto interés al no permitir que las peticiones de autorización excedan del momento procesal indicado.

2. Ámbito objetivo de aplicación del precepto y alcance de la intervención de la jurisdicción penal

En la LO 11/2003 y en el texto vigente el ámbito objetivo del precepto se extiende a los delitos o faltas para los que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, resolviendo las dudas suscitadas en relación a las faltas.

(1) Auto de la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 9 de marzo de 2002, en resolución de un recurso de apelación interpuesto contra un Auto de un Juzgado de lo Penal que había autorizado una expulsión tras haber celebrado juicio oral y haber recaído Sentencia condenatoria. El Auto de la Audiencia Provincial se pronunció a favor de la admisibilidad de la decisión afirmando que los términos utilizados en el precepto son lo suficientemente amplios como para referirse al sujeto pasivo de la acción penal a lo largo del desarrollo del proceso en su integridad hasta que recaiga Sentencia firme.

Respecto a la segunda cuestión relativa al alcance de la intervención de la jurisdicción penal existe unidad de criterio. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo⁽²⁾ coincidieron en la afirmación de que el Juez Penal no decide la expulsión ni tampoco controla la legalidad de tal acuerdo, sino que el control que realiza deberá orientarse a comprobar si el acuerdo gubernativo cumple las exigencias esenciales de la ley en cuanto a la competencia del órgano autor, formalidades externas y concurrencia de alguno de los supuestos materiales que lo justifican en Derecho, no debiendo autorizar en ningún caso una expulsión que se fundamente en los mismos hechos objeto del proceso penal a fin de evitar una posible vulneración de los principios *non bis in idem* y de presunción de inocencia.

3. Resolución judicial y efectos procesales

La resolución que dicte el Juez Penal en el ámbito de aplicación del citado artículo deberá revestir la forma de Auto recurrible en reforma y queja, y el efecto procesal dimanante de la autorización judicial de la expulsión administrativa será el archivo provisional de las actuaciones una vez verificada la ejecución de la expulsión hasta que transcurran los plazos de prescripción.

Respecto a lo anterior cabe hacer dos puntualizaciones: la primera, que el contenido del Auto autorizando la expulsión y paralizando el proceso penal es ajeno a las posibilidades de terminación por Sentencia o Auto de sobreseimiento previstas para dicho proceso. Por otra parte el precepto analizado introduce una excepción en la que el Juez Penal no hace ningún pronunciamiento sobre la materia que se somete a su valoración, sino que consiente en la ejecución de una resolución adoptada en vía administrativa.

La segunda observación se refiere a la dificultad que podría plantear el archivo provisional de la causa penal en el supuesto de que el extranjero cumpliera en su totalidad el tiempo fijado de prohibición de entrada pero regresara antes de transcurrir el plazo de prescripción del delito. En este caso se produciría la reapertura de la causa penal aunque el extranjero haya cumplido en su totalidad la limitación prevista en el decreto de expulsión que constituye la causa de la paralización del proceso penal.

A las observaciones anteriores cabe añadir que el texto de la LO 11/2003 omite el trámite de audiencia e incorpora la aplicación semiautomática de la expulsión, cuestiones que subsisten en la LO 2/2009, de 11 de diciembre, aunque, con relación a la expulsión sustitutiva, la primera omisión fue subsanada en el texto reformado del artículo 89 del CP, en su redacción conforme a la LO 5/2010.

Es conveniente subrayar que el trámite de audiencia se omite en el texto legal vigente, aunque dicho trámite es contemplado vía reglamentaria en el artículo 142 del Reglamento de Extranjería, Real Decreto 2393/2004, reformado por Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, donde se prevé la audiencia del Ministerio Fiscal, la del interesado y de las demás partes personadas. Por otra parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁽³⁾ referente

(2) STC número 24/2000, de 31 de enero. SSTSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso, Sección 1.ª, de 24 de septiembre de 1999 y de 26 de mayo de 2000. SSTs de 2 de marzo y 29 de abril de 2005.

(3) STS de fecha 8 de julio de 2004; STS (Sala de lo Penal) número 832/2006, de 24 de julio; SSAP de Girona (Sección 4.ª) número 210/2007, de 7 de mayo, FJ 3; de La Rioja (Sección 1.ª) número 193/2007, de 10 de septiembre, FJ 4 y, entre otras, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27.ª) número 682/2007, de 31 de octubre, FJ 1.

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EXPULSIÓN

a dicho trámite consolidó su importancia y carácter inexcusable en la práctica procesal; en consecuencia, siguiendo el criterio jurisprudencial establecido y las directrices de la Fiscalía, el Ministerio Fiscal, si lo estima procedente, solicitará en la fase intermedia del procedimiento y en concreto en su escrito de acusación la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, dándose traslado de dicho escrito a la defensa para que pueda hacer valer los medios de prueba y alegaciones que estime oportunas. Por otra parte, en la fase del juicio oral, y antes del ejercicio del derecho a la última palabra, el Juez preguntará al acusado sobre la expulsión a fin de que alegue lo que a su derecho convenga, evitando de esta forma una posible nulidad de actuaciones.

Un segundo aspecto que comparte el artículo 57.7 de la LOE con el artículo 89 del CP es el relativo a la aplicación semiautomática de la expulsión, aspecto que fue matizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —entre otras, las SSTs, Sala Segunda, núm. 901/2004 de 8 de julio; núm. 1249/2004, de 28 de octubre, y núm. 1546/2004, de 21 de diciembre— y de las Audiencias Provinciales, en concreto el AAP de Madrid de 29 de diciembre de 2003, coincidiendo las resoluciones citadas en el criterio de que la expulsión no debe ser automática y que el Juez interviniente en el proceso deberá valorar no sólo las circunstancias personales del penado, sino también el riesgo de conculcación de los derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, haciendo extensivas ambas consideraciones a las dos modalidades de expulsión.

Los pronunciamientos jurisprudenciales que siguieron la línea anteriormente expuesta no quedaron exentos de algunas opiniones favorables al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y no a la subsanación vía jurisprudencial de los preceptos afectados⁽⁴⁾, fundamentando su argumentación en el papel complementario que el ordenamiento jurídico atribuye a la jurisprudencia y en la tarea de aplicación del derecho asignada a los jueces. Sin embargo no faltaron autores, es el caso de J. JIMÉNEZ GARCÍA⁽⁵⁾, que consideraron la interpretación de los Tribunales como un mecanismo suficiente para resolver la adecuación de las normas legales a la Constitución. Para este sector quedó claro que la interpretación es también y ante todo un juicio sobre la validez de la ley, en la que el Juez se constituye en intérprete y verificador de la propia legalidad de la ley desde el respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

La vigente LO 2/2009, de 11 de diciembre, elimina la referencia a circunstancias excepcionales que justifican la denegación, sin suprimir el término «autorizará», manteniendo por tanto el carácter excepcional de la no autorización e incorporando indirectamente los criterios fijados y aplicados por la abundante Jurisprudencia recaída sobre la materia.

4. Análisis crítico

Se tratará, en primer lugar, de las consecuencias que lleva aparejada la no exigencia de firmeza en vía jurisdiccional de la resolución administrativa de expulsión, si el extranjero hubiera optado por interponer un recurso contencioso administrativo.

(4) DURÁN SECO, I., «El extranjero delincuente “sin papeles” y la expulsión (a propósito de la STS 8 de julio de 2004)», año 2005. HURTADO ADRIÁN, A.L., «Artículo 89 del Código penal. Formación legislativa y análisis de una línea de aplicación judicial», año 2005.

(5) JIMÉNEZ GARCÍA, J., «La sustitución de las penas de prisión. Especial referencia a la expulsión de extranjeros», en *Cuadernos de Derecho Judicial*.

Los artículos 116, 117 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, dispone que las resoluciones de expulsión agotan la vía administrativa y contra ellas cabe la interposición del recurso potestativo de reposición en un plazo de un mes computable a partir del día siguiente de la notificación de la resolución recaída. En el supuesto de que el extranjero no opte por el recurso potestativo de reposición, podrá interponer el recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

El Reglamento de Extranjería (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre), en el artículo 141.6 y 7 y en la disposición adicional 10.^a no modificado por el Real Decreto 1162/2009, establece que las resoluciones de expulsión que se dicten en los procedimientos de tramitación preferente se ejecutarán de forma inmediata, en tanto que las resoluciones de expulsión del territorio nacional que se dicten en procedimientos que no sean de tramitación preferente fijarán el plazo en que el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio nacional, que en ningún caso podrá ser inferior a setenta y dos horas.

De la lectura de los artículos reseñados cabe concluir que la no exigencia de firmeza en vía jurisdiccional de la resolución administrativa de expulsión, si el extranjero hubiera optado por interponer un recurso contencioso administrativo, dificulta el ejercicio del derecho al recurso por la ejecución inmediata de la resolución de expulsión, dificultad a la que se añadirían otras derivadas de la concurrencia de la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción penal en un mismo asunto.

Respecto a este tema supongamos que el Juez Penal autoriza, aplicando el artículo 57.7 de la LOE, la expulsión administrativa mientras se tramita ante la jurisdicción contencioso administrativa un recurso contra el decreto de expulsión. Obviamente la concurrencia de jurisdicciones lleva implícita la posibilidad de que cuando se resuelva el recurso interpuesto en vía contencioso administrativa, dicha resolución devenga inejecutable por haberse materializado la expulsión autorizada por el Juez Penal. Puede suceder incluso que el Juez Penal autorice la expulsión y que el Juez de lo Contencioso Administrativo otorgue cautelarmente la suspensión o en su caso revoque la expulsión acordada en vía administrativa, debido a que sus valoraciones respectivas y relacionadas con una misma cuestión material (posible vulneración de los derechos fundamentales) podrían ser diferentes.

No obstante, los problemas que se plantean en relación con el artículo 57.7 de la LOE no concluyen aquí, pudiendo ampliarse a otros supuestos:

Uno de ellos sería el caso de un extranjero no residente legal que hubiera impugnado la resolución administrativa de expulsión ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a quien le hubiera sido concedida la medida cautelar de suspensión, y que al mismo tiempo tuviera la condición de imputado en una causa penal en la que recayera una sentencia condenatoria que fuera sustituida por la expulsión. Se produciría la concurrencia de una resolución dictada en un procedimiento contencioso administrativo que con carácter cautelar acuerda la suspensión de la ejecución y de una sentencia condenatoria penal que sustituye la pena impuesta por la expulsión. En este caso la inmediatez en la ejecución dejaría sin efecto el pronunciamiento del Juez de lo Contencioso Administrativo en orden a la medida cautelar adoptada, contraviniendo el Auto de medidas cautelares.

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EXPULSIÓN

Un segundo caso que aparece vinculado al instituto de las cuestiones prejudiciales tendría lugar cuando la causa de expulsión administrativa fuera alguna de las contenidas en el artículo 53.a), b) o c) de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, no modificado por las sucesivas reformas. Dichas conductas serán objeto de la sanción administrativa de expulsión siempre que no sean constitutivas de delito, lo cual implica que el pronunciamiento previo del Juez Penal exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es fundamental en orden a determinar si son constitutivas de delito las conductas recogidas en el artículo 53.a), b) y c) de la LO 8/2000. Dicho pronunciamiento determinaría la suspensión del procedimiento contencioso administrativo en tanto el Juez Penal resolviera sobre la cuestión prejudicial planteada.

Otra vertiente del problema que plantea la aplicación del artículo 57.7 y que subsiste en la legislación vigente es la quiebra procesal que introduce el artículo 57.7 de la LOE, con repercusión en el ámbito de actuación del Juez Penal, en los derechos del sujeto pasivo, en el perjudicado por la acción delictiva y por último en el sujeto activo del delito privándole del derecho a obtener un pronunciamiento judicial de fondo.

En primer lugar, la aplicación del artículo 57.7 de la LOE instaura una forma anómala de terminación del proceso que impone el archivo provisional de la causa, y que obliga al Juez Penal a declinar su jurisdicción y evitar el pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

En segundo lugar, y respecto a los perjudicados por la acción delictiva, la aplicación del artículo 57.7 LOE les priva de la posibilidad de personarse en las actuaciones alterando la debida configuración de la relación jurídico-procesal e impidiendo el acceso de los perjudicados al proceso penal, y por tanto a la reparación si procediere de los derechos vulnerados.

En tercer lugar, los efectos de dicho artículo vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva⁽⁶⁾ al privar al extranjero sujeto activo del delito de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Sobre esta modalidad del derecho a la tutela judicial existe una reiterada jurisprudencia a cuyo análisis pormenorizado me remito.

III. MODALIDADES DE LA EXPULSIÓN. LA EXPULSIÓN SUSTITUTIVA (ARTÍCULO 89 DEL CP)

Se expondrán seguidamente y en varios apartados las cuestiones que se consideraron más relevantes en el estudio de la expulsión sustitutiva, con especial mención de las dificultades que plantean la existencia y aplicación del artículo 89 del CP y que serán resumidas en el apartado de conclusiones.

1. Naturaleza jurídica de la expulsión

La LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000 de 22 de diciembre, la 11/2003, de 29 de septiembre, y la LO 2/2009, de 11 de diciembre, mantienen la expulsión sustituti-

(6) Por todas, SSTC núm. 69/1984, de 11 de junio, FJ 2, y núm. 93/1984, de 16 de octubre, FJ 5.

va de la pena privativa de libertad en el ámbito del Derecho Penal. Por su parte, el Código Penal de 1995 regula el instituto de la expulsión en la Sección Segunda del Capítulo III del Título III del Libro I, artículo 89, junto con otras modalidades sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad de corta duración.

En los párrafos siguientes se analizarán las propuestas realizadas por la jurisprudencia y la doctrina sobre la controvertida naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva. En todas ellas se trató de justificar, desde conceptos conocidos y propios del orden penal, su introducción en dicho ámbito, poniendo de manifiesto su excepcionalidad y las dificultades que plantea su encaje en el orden penal.

Comenzando por la jurisprudencia, la posición más representativa apuntó la posibilidad de que la expulsión se constituyera como una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros vinculada a la política de extranjería. En este sentido se pronunció el ATC número 106/1997, de 17 de abril, y la STC 242/1994, de 20 de julio, calificando la expulsión como alternativa al cumplimiento de la verdadera pena.

El Tribunal Constitucional consideró la expulsión como una medida restrictiva de derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legalmente en España, afirmando en Sentencias posteriores (por todas, la STC número 24/2000 de 31 de enero) que la expulsión no puede considerarse una pena sino que se trata de una posibilidad que permite suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado. Dicho Tribunal resolvió la cuestión conforme a lo dispuesto en el artículo 96 párrafo 3.º apartado segundo del CP en su redacción introducida por la LO 15/2003, que calificó la expulsión como una medida de seguridad no privativa de libertad (entre otras, la STS de 8 de julio de 2004, FJ 2).

Por otra parte la doctrina inició respecto a este tema un interesante debate que evolucionó desde aquellas posiciones que negaron a la expulsión la consideración de pena, por no encontrarse en el catálogo de penas del artículo 33 del CP⁽⁷⁾, hasta opiniones que calificaron la expulsión sustitutiva como medida de seguridad⁽⁸⁾. Asimismo no faltaron autores que ante la dificultad de encaje de esta figura en el ámbito sancionador penal decidieron no incluirla en ninguna de las categorías sancionadoras penales, apreciando en la expulsión sustitutiva una naturaleza jurídica dispar en función de su ubicación normativa, y diferenciando la expulsión administrativa de la expulsión referida en el artículo 89 del CP y además de la incluida en el artículo 108 del mismo texto legal⁽⁹⁾. Por último un sector de

(7) DE LA ROSA CORTINA, J.M., «La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003», *Revista La Ley*, número 6042, 17 de junio de 2004, ref. D-136.

ROMA VALDÉS, *Actualidad Penal* 1999-2, 858.

(8) POZA CISNEROS, *Cuadernos de Derecho Judicial* XXIV, 1996, 283, considera que la naturaleza de la expulsión es más bien la de medida de seguridad. *Obsérvese en este caso lo afirmado con posterioridad en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004.*

DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La Ley*, número 6042, 17 de junio de 2004, califica este instituto jurídico como una medida de seguridad no privativa de libertad prevista en el artículo 96.3.5.ª del Código Penal.

PERIS RIERA/MADRID CONESA, en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, III, 2000, p. 1202, considera que estamos ante una institución autónoma, ante un simple modelo de expulsión cuyos caracteres están más cerca de una medida de seguridad que de una pena.

(9) ASUA BATARRITA, LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración y Derecho Penal*, 2002, pp. 58 y ss.

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EXPULSIÓN

autores, en concreto PEITEADO MARISCAL⁽¹⁰⁾, consideraron más conveniente separar la expulsión sustitutiva de la prohibición de regreso a España por tiempo determinado, la pena sería, según su criterio, la privación de residir en determinados lugares o de acudir a ellos.

Partiendo de los precedentes anteriores se podrían extraer las conclusiones siguientes: En primer lugar no es sostenible asimilar la expulsión tipificada en el artículo 89 del CP con las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, ya que la intención en base a la cual fueron creados los sustitutivos penales fue la de evitar los efectos desocializadores del ingreso en prisión en el caso de delincuentes ocasionales o de bajo perfil criminológico; en este sentido se pronunció la Exposición de Motivos del Código Penal 1995⁽¹¹⁾. Por tanto, resulta claro que la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años o iguales o superiores a seis años que prevé el artículo 89 del CP, cuando el extranjero penado acceda al tercer grado penitenciario o se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena por su expulsión, no responde a los fines de prevención especial y de resocialización del reo a que aspiran los demás sustitutivos penales.

Por otra parte, el artículo 88 del CP enumera en su apartado primero una serie de criterios que han de ser tenidos en cuenta para la aplicación del citado precepto. Dispone que será aplicable a las penas privativas de libertad de corta duración que no superen el año, y excepcionalmente para las penas privativas de libertad que no superen los dos años en el caso de los reos no habituales, siempre que de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquellas haría frustrar sus fines de prevención y reinserción social. Sin embargo el artículo 89 del CP no tiene en cuenta los criterios referentes a las circunstancias del reo y naturaleza del hecho, y extiende su aplicación a las penas privativas de libertad de hasta seis años de duración.

En coherencia con lo anterior, y descartada toda posible analogía de la expulsión con los sustitutivos previstos en el artículo 88 del CP, cabe una segunda hipótesis consistente en asimilar la expulsión sustitutiva a la condena condicional o suspensión de la pena. El artículo 80 del CP prevé la suspensión respecto a las penas privativas de libertad no superiores a dos años y excepcionalmente de cinco conforme al artículo 87 del CP, respetando el requisito de audiencia de las partes y teniendo en cuenta las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena, no alcanzando la suspensión de la pena privativa de libertad a la responsabilidad civil derivada del delito o falta. Ninguno de los requisitos enumerados son exigidos en el artículo 89 del CP, cuyo ámbito de aplicación se hace extensivo a las penas privativas de libertad inferiores a seis años e incluso de duración igual o superior a seis años en el caso de que se haya accedido al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena. Asimismo, el artículo 89 del CP no condiciona la aplicación de la expulsión a las circunstancias mencionadas en el artículo 80 del citado texto legal. Se destaca además en el apartado cuarto del artículo 80 del CP que la suspensión no se hará extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta, extremo no mencionado en el artículo 89

(10) PEITEADO MARISCAL, *La Ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, 2000, p. 293.

(11) Exposición de Motivos del Código Penal de 1995, referente a la intencionalidad que orienta la reforma del sistema de penas: «(...) que se ha llevado a cabo de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. El sistema se propone simplificar (...) la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos».

del CP, cuya aplicación sin embargo no impide que se continúe con la tramitación de las piezas de responsabilidad civil derivadas del proceso, que en la mayor parte de los casos concluirá con un Auto declaratorio de insolvencia que convertirá en irrealizable la reparación indemnizatoria a la víctima.

Por otra parte, y con referencia al tipo sustitutivo de las penas privativas de libertad superiores a seis años, se intentó establecer un cierto paralelismo con el instituto de la libertad condicional. Respecto a esta posibilidad, y salvo el requisito de que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la pena, o que el sujeto se encuentre clasificado en tercer grado penitenciario, circunstancias que no tienen por qué concurrir conjuntamente en el supuesto de la expulsión, cabe afirmar que la expulsión sustitutiva no presenta ningún elemento común con la libertad condicional. De modo que no es necesario para proceder a la expulsión que el extranjero haya observado buena conducta, que exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social ni que haya hecho efectiva la responsabilidad civil.

Por tanto, según lo afirmado, la expulsión sustitutiva no presenta analogías con las figuras jurídicas que inicialmente podrían considerarse afines. No obstante lo anterior, el contenido afflictivo de la expulsión le otorga un carácter eminentemente sancionador, siendo sin embargo discutible que esta figura pueda quedar incluida en el orden sancionador penal, y todo ello a pesar de que el legislador, en el artículo 96.3.2.^a del CP, incluyó la expulsión sustitutiva en el ámbito de las medidas de seguridad no privativas de libertad. Esta calificación vinculó la expulsión con el concepto de peligrosidad que entendemos constituye un *a priori* discriminatorio respecto del delincuente extranjero, y que recuerda la regulación preconstitucional contenida en el artículo 2.9 de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, respecto a los extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión del territorio nacional, y asimismo respecto al artículo 4.4 del citado texto legal, que incluyó la expulsión en el listado de medidas de seguridad.

2. Ámbito subjetivo de aplicación del precepto

El concepto de extranjero no residente legal como destinatario de lo dispuesto en el artículo 89 del CP planteó dudas sobre el alcance de su aplicación, en concreto, respecto a la posibilidad de si deberían quedar incluidas en dicho concepto las situaciones de estancia definidas por la LO 8/2000 y la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días. Asimismo, dicho concepto suscitó el mismo problema respecto a las autorizaciones para estudios e investigación reguladas en los artículos 90 y siguientes del Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero.

Respecto a la primera cuestión, el debate doctrinal surgió entre los autores partidarios de una interpretación técnico-jurídica conforme a la LOE (es el caso de L. LAFONT NICUESA⁽¹²⁾) y aquellos otros más favorables a una interpretación menos formal que equiparase el concepto de residente legal con aquellas otras situaciones administrativas legales que no consisten propiamente en la residencia legal (es el caso de J.M. CAMPO CABAL)⁽¹³⁾.

(12) LAFONT NICUESA, L., «Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal».

(13) CAMPO CABAL, J.M., *Comentarios a la Ley de extranjería*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 426.

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EXPULSIÓN

Respecto a la segunda cuestión referente a las autorizaciones para investigación y estudios reguladas en los artículos 90 siguientes del Reglamento de la LO 4/2000, se preveía que en el caso de estudiantes o investigadores además del visado de estudios podrían ser autorizados a realizar actividades lucrativas laborales siempre que se cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 47 del citado Reglamento. La vigencia de la autorización coincidiría con la duración del contrato de trabajo, no pudiendo ser superior a la duración del visado o autorización de estudios, si bien, en uno y otro caso, la renovación y prórroga de las autorizaciones se realizaría anualmente. La Fiscalía General del Estado, aplicando un concepto de residencia legal vinculado al artículo 30 bis de la Ley Orgánica 8/2000 (añadido por la Ley Orgánica 14/2003), se pronunció en favor de la equiparación de los estudiantes extranjeros con los extranjeros residentes legalmente en España, asimilando su situación a la de los residentes temporales y fundamentando dicha equiparación en la nota de permanencia que acompaña a su régimen. Según el artículo mencionado serán residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir, lo que supone en definitiva la aplicación del artículo 89 del CP a los extranjeros con visado en vigor pero sin autorización de residencia.

Visto lo anterior se comprueba que la búsqueda de soluciones aplicables a ambos casos quedará condicionada a la interpretación que se realice del concepto legal de residencia. Una interpretación amplia del término permitirá extender su ámbito de aplicación a dichas situaciones atendiendo a un título genérico de permanencia, en tanto que una línea más restrictiva excluirá dicha posibilidad asociando la situación de residencia con una presunción legal de que quien ha obtenido el permiso de residencia legal tiene una situación de arraigo.

A continuación, y para completar el estudio del presente epígrafe, se hará referencia a un tema que considero relevante, y que es el relativo a la prueba del requisito de residencia legal. En este sentido la STS núm. 919/1999, de 2 de junio, consideró ineludible la acreditación de la situación de «no residencia legal», no pudiendo expulsarse al extranjero en caso contrario. La prueba de la residencia legal podrá ser aportada por el Ministerio Público, por la Brigada de Extranjería o en su caso por la autoridad gubernativa, pudiendo el extranjero poner a disposición del Tribunal otros elementos probatorios para enervar este principio de prueba, lo cual no tiene por qué considerarse como una reinversión de la carga de la prueba respecto al principio de investigación de oficio que rige en el proceso penal.

Por su parte la Fiscalía General del Estado comparte el criterio jurisprudencial referente a la acreditación del requisito de residencia legal a los efectos de la aplicabilidad del artículo 89 del CP, y recomienda que tal extremo sea recogido por los fiscales en su escrito de acusación o conclusiones provisionales, preferentemente durante la fase de instrucción y antes de la calificación. Si no constara aportada la prueba se permitirá a los fiscales evacuar el escrito de calificación con la solicitud de la expulsión sustitutiva interesando, por medio de otrosí, la remisión por parte de la Brigada de Extranjería y Documentación del Cuerpo Nacional de Policía del informe correspondiente.

La importancia de la prueba de la residencia legal fue determinante en el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 15 de diciembre del 2004, en la que el Tribunal denegó la expulsión porque no se había practicado prueba alguna, a instancia de la acusación pública tendente a acreditar la situación de irregularidad en España. En igual sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 29 de abril de 2005, que deniega la expulsión atribuyendo la carga de la prueba al Ministerio Fiscal.

No obstante, y respecto a la acreditación de este elemento probatorio, se consideró más correcto por algun sector de la doctrina, y ante la falta de prueba de la residencia legal, diferir la decisión a la fase de ejecución, posibilidad que no contemplaba el artículo 89 del CP en su redacción conforme a la LO 11/2003, y que permite la vigente LO 5/2010, párrafos primero y quinto del citado artículo.

3. **Ámbito objetivo de aplicación del precepto**

El artículo 89 del CP, modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, limitaba el ámbito objetivo de aplicación de la expulsión sustitutiva a las penas privativas de libertad de duración inferior a seis años y a las penas privativas de libertad de duración igual o superior a seis años, siempre que en este último caso el penado hubiera accedido al tercer grado penitenciario o que se entendieran cumplidas las tres cuartas partes de la condena. La reforma introducida por LO 5/2010 del Código Penal suprime en el artículo 89.4 la referencia a las penas privativas de libertad de duración igual o superior a seis años y la sustituye por cualquier pena privativa de libertad para el caso de que el extranjero penado hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena.

Vista la redacción del precepto se plantearán a continuación cuatro cuestiones. La primera referente a si es aplicable la expulsión sustitutiva cuando en una misma sentencia se impongan varias condenas inferiores a seis años de prisión pero que sumadas excedan de dicho límite. La segunda referente a la posibilidad de aplicar la expulsión sustitutiva al supuesto previsto en el artículo 71.2 del Código Penal. La tercera cuestión relativa a si quedará incluida en el ámbito de aplicación del citado precepto la responsabilidad penal subsidiaria prevista para el impago de multas, y por último si deberá ampliarse el ámbito objetivo de aplicación a las penas privativas de libertad impuestas por faltas.

Respecto a la primera pregunta es criterio jurisprudencial —por todas la STS de fecha 23 de noviembre de 2005— que el precepto mencionado no impide tal posibilidad, diferenciando este supuesto de otros casos en los que el Código Penal establece expresamente como límite la suma de las penas impuestas. En el mismo sentido un sector de autores, entre otros J.J. ÚBEDA DE LOS COBOS⁽¹⁴⁾, basándose en una interpretación sistemática de la suspensión de la pena regulada en el mismo capítulo, se mostró partidario de la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión siempre que la suma de las penas impuestas excediera del límite de los seis años, ya que si el legislador quisiera establecer como límite no sólo la duración de cada pena individualmente sino la suma de las impuestas en una misma sentencia así lo indicaría expresamente.

En segundo lugar, la duda planteada sobre la posibilidad de aplicar la expulsión sustitutiva al supuesto previsto en el artículo 71.2 del Código Penal queda resuelta si se considera que la pena privativa de libertad de duración inferior a tres meses se sustituirá de forma imperativa por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, penas en ambos casos no privativas de libertad y por tanto no incluidas en el ámbito de aplicación de la expulsión sustitutiva. Asimismo el citado artículo dispone que en ningún caso se podrán sustituir pe-

(14) ÚBEDA DE LOS COBOS, «La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 6577.

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EXPULSIÓN

nas que sean substitutivas de otras anteriores, por lo que no será aplicable el artículo 71.2 y el 88 (substitución obligatoria) y una nueva substitución conforme al artículo 89 del CP.

Respecto a la cuestión relativa a si se puede incluir en el precepto la responsabilidad penal subsidiaria prevista por impago de multa, parecería obvio, según la redacción anterior a la LO 5/2010, que precisamente a causa de la subsidiariedad que la caracteriza y de lo incierto de su aplicación en el momento de dictar Sentencia no deba incluirse en el ámbito del artículo 89 del CP, pese a ser catalogada en el artículo 35 del CP como pena privativa de libertad. La nueva redacción del precepto según LO 5/2010 hace más discutible esta posición, toda vez que la expulsión substitutiva en penas privativas de libertad inferiores a seis años podrá acordarse después de sentencia en virtud de auto motivado y respecto a cualquier pena privativa de libertad en sentencia o durante su ejecución.

Por último, respecto a la pregunta sobre la aplicabilidad de la expulsión substitutiva a las penas privativas de libertad impuestas por faltas, es ilustrativa la CFGE 2/2006, que informó negativamente tal posibilidad ateniéndose al contenido literal del artículo 89 del CP y a los principios de concentración y de celeridad que deben presidir su enjuiciamiento. Asimismo, es necesario tener en cuenta que la inclusión de las faltas en el ámbito de aplicación del artículo 89 del CP plantearía serios reparos desde el punto de vista de la proporcionalidad y de la ejecución, ya que la pena privativa que podría imponerse en estos casos sería la localización permanente con un máximo de duración de doce días no susceptible de cumplimiento en centro penitenciario. Considero además que la brevedad en la celebración del juicio de faltas y lo conciso de su instrucción dificultaría en extremo el análisis y aportación de pruebas imprescindibles para un examen correcto sobre la conveniencia de aplicar la expulsión substitutiva, máxime teniendo en cuenta las valoraciones que la jurisprudencia ha incorporado a su aplicación y los restantes principios cuya apreciación se presupone en nuestro ordenamiento jurídico; es el caso del respeto al principio de proporcionalidad, cuya conculcación si se aplica la expulsión substitutiva al juicio de faltas resultaría evidente (no olvidemos que el hurto en cuantía inferior a 400 euros podría ser objeto de un juicio de faltas).

4. Breve apunte sobre la automaticidad del precepto

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, al modificar el artículo 89 del CP estableció la aplicación automática de la expulsión substitutiva, característica que se mantiene en la actual redacción de la LO 5/2010, si bien con los matices introducidos por la Jurisprudencia.

En concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valoró como circunstancias excluyentes el arraigo, el peligro que pueda correr la vida del extranjero o que pueda ser sometido a tortura o a tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁽¹⁵⁾. Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo moderó en algunas de sus sentencias⁽¹⁶⁾ el carácter automático de la expulsión substitutiva; en concreto

(15) SSTEDH de fecha 18 de febrero de 1991, caso *Moustaquim v. Bélgica*; de fecha 24 de enero de 1993, caso *Boncheski v. Francia*; de 26 de abril de 1997, caso *Mehemin v. Francia*; de 21 de octubre de 1997, caso *Boujlifa v. Francia*; de 19 de febrero de 1998, caso *Dalia v. Francia*.

(16) SSTs núm. 601/2006, de 31 de mayo, FJ 2; núm. 832/2006, de 24 de julio de 2006; núm. 1231/2006, de 23 de noviembre de 2006; núm. 166/2007, de 14 de febrero de 2007.

la STS de fecha 8 de julio de 2004 creó un precedente valioso afirmando que los derechos fundamentales deben informar el instituto de la expulsión, y destacando el carácter ineludible del trámite de audiencia y la controvertida naturaleza jurídica de este instituto.

5. Excepciones y límites a la aplicación automática del precepto

Se estudiarán en el presente epígrafe las excepciones y los límites a la aplicación automática de la expulsión sustitutiva diferenciando dos apartados, el primero relativo a la naturaleza del delito y el segundo referente al arraigo.

A) *La naturaleza del delito*

El artículo 89 párrafo 4.º, añadido por la reforma introducida por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, excluyó del ámbito de la expulsión sustitutiva a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de los delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del CP, omitiendo la mención de otras modalidades de tráfico ilegal de personas como las tipificadas en los artículos 313 y 188.2, relativos a la inmigración clandestina de trabajadores a España y al tráfico de personas para su explotación sexual.

Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo y una notable jurisprudencia menor⁽¹⁷⁾ contribuyeron a ampliar la excepción prevista en el artículo 89 del CP a los delitos de tráfico de drogas cuando la entidad de la operación de favorecimiento excediera del acto de venta a pequeña escala. En este ámbito la Fiscalía especial antidroga se opuso a la aplicación de la expulsión sustitutiva cuando la calificación jurídica de los hechos se refiriera por ejemplo a los delitos contra la salud pública tipificados en el artículo 302.1 del CP y al blanqueo de capitales procedente del narcotráfico. Asimismo, la Instrucción 3/2003 de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se pronunció en su momento a favor de la no aplicación del artículo 89 del CP respecto de los delitos en los que se hubiera utilizado violencia en las personas que conllevara un plus en la ofensa, o cuando implicara un mayor riesgo para la persona o violencia innecesaria para obtener un resultado (robo en casa habitada, robo con violencia y uso de armas), asimismo cuando se causara agresión a la víctima, cuando se tratara de delitos contra la libertad sexual o formas imperfectas de delitos graves y en los supuestos de elevación de penas de los artículos 76 y 78 del CP.

Se excluyeron, además, y con carácter general los delitos cometidos por organizaciones criminales y el tipo contenido en el artículo 313 del CP, por concurrir en ambos casos la misma *ratio* que justifica el singular tratamiento de los artículos 312 y 318 bis.

La vigente LO 5/2010 suprime la referencia destacada a la naturaleza del delito prefiriendo la expresión más genérica de razones que justifiquen el cumplimiento de la condena

(17) SSTS de fecha 28 de octubre de 2004; número 906/2005, de 8 de julio; Autos del Tribunal Supremo de fecha 23 de septiembre de 2004, 16 de diciembre de 2004 y de 20 de enero de 2005; SSAP de Girona, Sección 4.ª, número 210/2007, de 7 de mayo; Sección 3.ª, número 478/2007, de 18 de julio; Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.ª, número 193/2007 de fecha 10 de septiembre; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27.ª, número 682/2007, de 31 de octubre; SAP de Madrid de fecha 22 de enero de 2004, confirmada posteriormente por la STS de fecha 28 de octubre de 2004, y STS número 1546/2004, de 21 de diciembre.

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EXPULSIÓN

en un centro penitenciario en España; de esta forma se reconoce la incorporación al artículo 89 del CP de la Jurisprudencia creada al efecto. Por otra parte, la reforma del apartado 7 limita los supuestos de excepción a los artículos 312, 313 y 318 bis del CP, actualizando dicho precepto.

B) *El arraigo familiar*

El arraigo fue definido por la doctrina como la concurrencia de vínculos temporales familiares o profesionales en España que determinan una permanencia estable y una integración del extranjero en la sociedad española.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos otorgó al concepto de vida privada y familiar un contenido más amplio, incluyendo no sólo los vínculos familiares o la larga estancia en el país del extranjero sino también la formación o la actividad profesional que este desarrolle en el país del que podría ser expulsado. Dicha jurisprudencia matizó la idea de arraigo y exigió a los Tribunales una valoración ponderada de los intereses en conflicto relativos a la protección de la vida privada y familiar, protección del orden público y prevención de infracciones penales, e incluso una valoración de la concurrencia en cada supuesto de una necesidad social imperiosa y de la proporcionalidad con el fin perseguido⁽¹⁸⁾. Asimismo, en el contexto del arraigo vinculado a una relación matrimonial o paterno-filial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exigió en reiteradas sentencias⁽¹⁹⁾ que el vínculo justificativo del arraigo respondiera a un contenido material de asistencia y atención mínima hacia el familiar, no impidiendo la expulsión la concurrencia de relaciones colaterales.

Respecto a la exigencia de acreditación de la circunstancia de arraigo, reiterada jurisprudencia consideró que la alegación efectuada por el penado sin aportación de pruebas resulta insuficiente para evitar la expulsión⁽²⁰⁾; no obstante, el Tribunal podrá aplazar la decisión de expulsión a sede de ejecución hasta que se acredite la veracidad de tales afirmaciones.

C) *El trato inhumano o degradante como límite a la expulsión*

Seguidamente se hará referencia a los límites de la expulsión sustitutiva impuestos por el artículo 3 de la Convención Europea y por la exigencia de un juicio de proporcionalidad previo a la decisión de sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión.

El artículo 3 de la Convención Europea menciona tres conductas prohibidas: la tortura, las penas inhumanas o degradantes y los tratos inhumanos o degradantes. De la definición de estos conceptos se ha ocupado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

(18) SSTEDH de fecha 7 de agosto de 1996; de fecha 19 de febrero de 1998, caso *Bouchelkia v. Francia*; de 11 de julio de 2000, caso *Dalia v. Francia*; de 11 de julio del 2000, caso *Ciliz v. Países Bajos*; de 2 de agosto de 2001, caso *Boultif v. Suiza*, y STEDH de fecha 15 de julio de 2003, caso *Mokrani v. Francia*.

(19) SSTS de fecha 25 de noviembre de 1985; de 30 de marzo de 1998; de 13 de enero de 1997; de 10 de marzo de 2000 y de 26 de enero de 2005; AAP de Vizcaya de 17 de noviembre de 2004.

(20) SSAP de Vizcaya de fecha 25 de febrero de 2004; de 5 de septiembre de 2004; de 20 de septiembre de 2004; de 3 de diciembre de 2004; de 17 de febrero de 2005; de 31 de enero de 2005, y de 13 de mayo de 2005, y Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya de fechas 6 de julio de 2004, 7 de julio de 2004 y 23 de julio de 2004.

en las SSTEDH de fecha 18 de enero de 1978, caso *Irlanda v. Reino Unido*; de fecha 25 de abril de 1978, caso *Anthony M. Tyrer v. Reino Unido*; de 18 de enero de 1978, caso *Irlanda v. Gran Bretaña*; de 28 de abril de 1978, caso *Tyrer*; de fecha 7 de julio de 1989, caso *Soering*.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíbe en términos absolutos la tortura. En este sentido se ha pronunciado la STEDH de fecha 15 de noviembre de 1996, en el caso *Chahal v. Reino Unido*, que afirmó la responsabilidad del Estado parte de proteger a una persona cuando exista un riesgo real de que pueda ser sometida a un trato contrario al artículo 3 del Convenio Europeo si es expulsada hacia otro Estado.

Respecto al momento en que el Estado puede vulnerar el artículo 3 del CEDH por la ejecución de la expulsión y consecuencias sobre la satisfacción equitativa, me remito al artículo 50 del CEDH, que diferencia a los efectos indicados⁽²¹⁾ entre vulneración potencial y vulneración actual, penas o tratos inhumanos o degradantes, sea cual sea la intervención de la víctima. En consecuencia, el Estado parte deberá proteger al extranjero contra tratos inhumanos o degradantes aunque esto implique la no ejecución de la decisión.

Por otra parte y a efectos ilustrativos cabe mencionar algunas SSTEDH que calificaron la expulsión sustitutiva como contraria al CEDH⁽²²⁾, cuando existiera la posibilidad de que el extranjero fuera sometido en el país de destino a torturas y tratos inhumanos o degradantes a infligir por particulares, bien por haber participado en actividades políticas contrarias al régimen imperante o por haber colaborado con la justicia denunciando a los autores de delitos similares a los cometidos por el extranjero sujeto a un proceso de expulsión.

D) Juicio de proporcionalidad en materia de expulsión

Un segundo límite a la aplicación de la expulsión sustitutiva lo constituye el principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones. Es doctrina jurisprudencial reiterada⁽²³⁾

(21) La vulneración actual significa que la expulsión ya se ha realizado y que ha provocado un daño concreto; en la vulneración potencial la expulsión no se ha ejecutado y puede provocar un daño potencial si el Estado territorial expulsa a un extranjero violando las normas convencionales. La diferenciación entre ambos tipos de vulneración permite concretar la satisfacción equitativa prevista en el artículo 50 del Convenio Europeo. En este sentido, y ante vulneraciones potenciales, la constatación de una posible vulneración puede ser considerada por el Tribunal como una satisfacción equitativa suficiente, mientras que en el caso de las vulneraciones actuales la satisfacción no debe quedar limitada a esta constatación, el Tribunal no puede ordenar la readmisión del extranjero expulsado y sólo procede por tanto la compensación económica.

El artículo 50 del CEDH permite al Tribunal fijar la satisfacción económica «si procede», con lo cual podría ocurrir que ante un daño actual las partes exijan una compensación económica y el Tribunal la deniegue.

Por tanto, si bien en los casos de vulneración potencial la Jurisprudencia se muestra favorable a considerar la constatación de la vulneración como satisfacción equitativa suficiente, en los casos de la compensación por vulneración actual la solución es más compleja cuando se trata de determinar la cuantía de ciertos daños (en concreto los daños morales). Constituyen un ejemplo de Sentencias que han incidido sobre esta problemática las SSTEDH de fecha 21 de junio de 1988, caso *Berrehab v. Holanda*; de fecha 18 de febrero de 1991, caso *Moustaquim v. Bélgica*; de fecha 23 de enero de 1991, caso *Djeroud v. Francia*, y de fecha 24 de agosto de 1998, caso *Lambert v. Francia*. Se comprueba a partir de dichas resoluciones que la Jurisprudencia no ha establecido criterios generales en esta materia. Cfr. *Mamatkulov v. Turquía*.

(22) SSTEDH de 17 de diciembre de 1996, caso *Ahmed v. Austria*; de 15 de noviembre de 1996, caso *Chahal y otros v. Reino Unido*, y de 29 de abril de 1997, caso *H.R.L. v. Francia*.

(23) SSTEDH de fecha 18 de febrero de 1991, caso *Moustaquim v. Bélgica*; de 26 de marzo de 1992, caso *Beldjoudi v. Francia*; de 29 de enero de 1997, caso *Hadi Bouchelkia v. Francia*; de 26 de septiembre de 1997 caso *Boujaïdi v.*

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EXPULSIÓN

que el margen de apreciación que se otorga a los Estados en materia de expulsión deberá respetar la legalidad, el principio de proporcionalidad, la condición de legitimidad y las necesidades de una sociedad democrática. Se consideran al efecto fines legítimos la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral y la protección de los derechos y libertades de los demás.

La jurisprudencia del TEDH valoró tanto la gravedad de los delitos cometidos como la efectividad de los vínculos del extranjero con los Estados de acogida y de destino, prevaleciendo los lazos familiares con la familia de origen o familia o pareja formada por el extranjero, así como la relación paternofamiliar o maternofamiliar, y confirió especial importancia a la existencia de hijos nacidos con anterioridad a la expulsión.

Los precedentes creados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el principio de proporcionalidad se reiteraron en el ámbito del derecho interno⁽²⁴⁾, si bien algunas de las sentencias que aquí se indican se refieren a la aplicación del juicio de proporcionalidad respecto a la expulsión administrativa.

6. Ámbito temporal de la expulsión sustitutiva. Posibilidad de decidir en fase de ejecución de sentencia

El artículo 21.2 de la LOE de 1985 y el artículo 89 del CP en su redacción anterior a la reforma introducida por LO 11/2003 fijaron la fase de ejecución de sentencia como el momento procesal correcto para decidir sobre la aplicación de la expulsión sustitutiva. No obstante, el aplazamiento de esta decisión fue admitido por el Tribunal Supremo, entre otras, en las SSTS números 330/1998, de 3 de marzo, y 1381/2000, de 11 de septiembre.

A partir de la LO 11/2003 de 29 de septiembre, la aplicación de la expulsión sustitutiva se decidirá imperativamente en sentencia, no admitiendo su aplazamiento a la fase de ejecución. La STS de fecha 21 de enero de 2002 no admitió el aplazamiento en el caso de privación de libertad del condenado ante la posibilidad de que la sustitución de la pena se pudiera convertir en una pena añadida; sin embargo, en Sentencias posteriores sí se admitió dicha posibilidad siempre que se respetara el principio de contradicción y que la pena privativa de libertad no se hubiera empezado a ejecutar⁽²⁵⁾. No obstante, y a pesar de los pronunciamientos jurisprudenciales favorables a admitir un aplazamiento en la decisión, el precepto legal es taxativo respecto a la determinación del momento procesal en que el Juez Penal debe decidir sobre la aplicación de la expulsión sustitutiva. Una interpretación literal de dicho precepto no permitirá su aplazamiento al trámite de ejecución de sentencia,

Francia; de 17 de abril de 2003, caso *Yilmaz v. Alemania*, y la STEDH de fecha 22 de abril de 2004, caso *Radovanovic v. Austria*.

(24) SSTC de fecha 16 de diciembre de 1996; números 66/1995 y 55/1996, relativas al principio de proporcionalidad, y número 136/1999. SSTS, Sala de lo contencioso administrativo, de fecha 18 de enero de 2007, RJ/20007/285; de 25 de enero de 2007, RJ/2007/1321; de 4 de octubre de 2007, RJ/2007/6968; de 25 de octubre de 2007, RJ/2007/6500; de 26 de diciembre de 2007, RJ/2007/9038; y STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso-administrativo, número 679/2007, de 6 de julio.

(25) STS de fecha 28 de octubre de 2004, 22 de abril de 2005, 28 de septiembre de 2005 y 23 de noviembre de 2005; SAP de Vizcaya de 25 de febrero de 2004.

por tanto, si en el momento procesal de su dictado no constaren debidamente probados los elementos constitutivos que permitirían la aplicación de la expulsión, esta devendría inaplicable. Esta interpretación se justifica por los perjuicios irreparables que se causarían al penado extranjero en aquellos casos en los que se le hubiera aplicado la medida cautelar de prisión preventiva y además hubiera permanecido en un centro penitenciario en régimen de cumplimiento como penado, e incluso cuando el penado extranjero hubiera iniciado el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia; en ambos casos la expulsión no sería sustitutoria sino acumulativa de la pena privativa de libertad que se pretende sustituir. La propia LO 19/2003, de 23 de diciembre, obvia este dato cuando afirma en su disposición adicional 17.^a que la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión.

La LO 5/2010 tanto en su apartado primero, aplicable a las penas privativas de libertad inferiores a seis años, como en el apartado 5, aplicable a cualquier tipo de pena privativa de libertad, permite que se decida la sustitución de la pena por la expulsión en sentencia o bien en auto motivado posterior en el primer caso, y en sentencia o durante su ejecución en el segundo caso, subsistiendo los problemas derivados de la posible acumulación de sanciones.

7. La expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento del último tramo de la pena de prisión

El artículo 89 del CP, en su redacción conforme a la LO 11/2003, de 29 de septiembre, dispuso que los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legal en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años en el caso de que el extranjero haya accedido al tercer grado penitenciario o una vez haya cumplido las tres cuartas partes de la condena.

De la lectura del citado artículo cabe inferir que este tipo de expulsión instada por el Ministerio Fiscal y acordada por el Juez sentenciador y no por el Juez de Vigilancia Penitenciaria no será aplicable a los extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años que se encuentren cumpliendo condena. En este caso nada impediría, si se cumplieran los requisitos para la concesión de la libertad condicional, que el extranjero pudiera acceder a dicho beneficio penitenciario⁽²⁶⁾ al igual que a aquellos otros derivados de su clasificación en el tercer grado. Asimismo el citado precepto impuso el requisito de que el penado haya cumplido las tres cuartas partes de la condena o que el extranjero haya accedido al tercer grado penitenciario.

La LO 5/2010 modificó el ámbito objetivo del precepto haciéndolo extensivo a cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que el extranjero hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que, previa au-

(26) El artículo 89 en su redacción conforme a la LO 11/2003, de 29 de septiembre, impide a los extranjeros no residentes legalmente en España su acceso a la libertad condicional ordinaria, ya que la decisión de expulsión adoptada por el Tribunal sentenciador vincula al Juez de Vigilancia Penitenciaria, que no podrá aprobar una propuesta de libertad condicional basada en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario, ni tampoco otorgar la libertad condicional al penado extranjero permaneciendo este en España.

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EXPULSIÓN

diencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, el Juez aprecie razones que justifiquen su cumplimiento en España.

Por último, cabe indicar que la doctrina expuesta en el apartado 3.5 del presente capítulo, sobre las excepciones y límites a la aplicación automática del precepto, es aplicable en su integridad al presente supuesto y a la sustitución íntegra de la pena privativa de libertad por la expulsión.

Respecto al momento procesal adecuado para formular la solicitud de expulsión es práctica habitual de la Fiscalía plantearlo en el escrito de calificación provisional, si bien la CFGE 2/2006 no observó ningún obstáculo a que la petición se sustancie en el trámite de elevación de las conclusiones provisionales a definitivas si se hubiera omitido con anterioridad, sin perjuicio de que se otorgue a la defensa para evitar indefensión un plazo adicional para estudiar las alegaciones formuladas y aportar elementos probatorios si así se estima oportuno.

8. Efectos de la expulsión e imposibilidad de ejecución

A) Efectos de la expulsión

Conforme a lo dispuesto en el artículo 89 del CP, son efectos de la expulsión sustitutiva el archivo de cualquier procedimiento administrativo sobre autorización para residir y trabajar en España y la prohibición de entrada en el territorio nacional.

Con anterioridad a la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, al extranjero al que se hubiera impuesto una prohibición de regresar a España y fuera sorprendido en la frontera se le imponía la expulsión, y si era sorprendido dentro del país se procedía a la ejecución de la totalidad de la pena si esta era inferior a seis años, o bien del plazo que restaba por cumplir si la pena era superior a seis años. A partir de la citada reforma el quebrantamiento de la prohibición de regreso implicaba la devolución del extranjero por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo íntegro de prohibición. La LO 11/2003 estableció un período fijo de prohibición de regreso a España de diez años computable desde la fecha de expulsión, y no admitió la posibilidad de individualizar la prohibición en función del delito cometido. La LO 5/2010 introduce un plazo de prohibición de regreso que oscila entre los cinco y los diez años, recuperando un cierto arbitrio judicial en la citada prohibición. Por otra parte el artículo 89.4 restablece los efectos derivados del regreso a España antes de transcurrir el período de prohibición e introduce un nuevo apartado 6 aplicable a los supuestos en los que el extranjero no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, en cuyo caso el Juez o Tribunal podrá acordar su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros en los términos y con los límites y garantías previstas en la ley para la expulsión gubernativa. La aplicación de este apartado puede plantear problemas relativos a la determinación del órgano competente para controlar el límite del internamiento (autoridad administrativa, Juez Penal), y posible abono del tiempo de permanencia del extranjero en dicho centro.

Respecto a la responsabilidad civil derivada de delito, la Fiscalía no consideró impedimento para la expulsión sustitutiva la falta de aseguramiento de las responsabilidades civiles, cuya tramitación debería continuarse hasta que concluyeran debidamente.

B) *Imposibilidad de ejecutar la expulsión*

La imposibilidad material de ejecutar la expulsión, bien porque el país de origen no admite al ciudadano extranjero o bien porque se encuentre indocumentado y no fuera posible determinar su país de origen, determinará, según lo dispuesto en el artículo 89.1.5 del CP, el cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente. No obstante, en el caso de que inicialmente no se pueda ejecutar la expulsión pero con posterioridad se consiga identificar al extranjero y determinar cuál es su país de origen, la disposición adicional 17.^a de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, prevé que cuando un Juez o Tribunal acuerde la expulsión, la autoridad gubernativa deberá hacerla efectiva en el plazo más breve posible, y en todo caso dentro de los treinta días siguientes a la resolución de expulsión. Mientras esta no se haga efectiva el extranjero iniciará el cumplimiento de la pena privativa de libertad que le fue impuesta.

El contenido de la disposición adicional 17.^a permite plantear qué sucedería en el supuesto de que un extranjero condenado a una pena de cinco años de prisión no pudiera ser expulsado hasta tan solo tres meses antes del cumplimiento íntegro de la pena. Teóricamente sería posible su expulsión a tenor de lo establecido en la disposición adicional 17.^a, pero si la expulsión efectiva se llevara a cabo en dichas circunstancias se produciría un efecto indeseado de acumulación de sanciones y constituiría una vulneración del principio *non bis in idem*, ya que al cumplimiento prácticamente total de la pena privativa de libertad se añadiría la ejecución de la expulsión por los mismos hechos e idéntico fundamento, y además la prohibición de entrada en el territorio nacional. La solución que ofreció el ATC núm. 132/2006, de 4 de abril⁽²⁷⁾, quedó descartada a tenor de lo dispuesto en el artículo 89.1.3 del CP.

Como puede comprobarse el ordenamiento jurídico no prevé la posibilidad de compensar el tiempo de prisión del penado extranjero, constituyendo esta circunstancia una excepción al régimen general de ejecución de las penas sobre sistemas de compensación indiscutibles y aplicables de forma automática a los penados nacionales. No obstante lo anterior, la LO 5/2010 permite pensar en una posible compensación, ya apuntada en su momento por el Tribunal Constitucional, atendiendo al limitado arbitrio judicial que instaura en materia de prohibición de regreso a España.

9. Análisis crítico

Considero de interés resumir en este epígrafe los inconvenientes observados en el estudio del artículo 89 del CP: El primero relativo a la ausencia de mecanismos de compensación del período en que el extranjero permanezca en situación de prisión preventiva, y el segundo al efecto acumulativo de sanciones a que da lugar la aplicación del citado artículo.

El primer problema se planteará cuando al extranjero imputado en un proceso penal se le aplique la medida cautelar de prisión preventiva si posteriormente fuera condenado a

(27) Auto del Tribunal Constitucional núm. 132/2006, de 4 de abril: «(...) el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido, tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los artículos 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España».

II. LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA EXPULSIÓN

una pena privativa de libertad sustituida por la expulsión del territorio nacional y la prohibición de regreso a España. Surge el problema cuando la prisión preventiva aplicada a un imputado extranjero no es compensable con la pena privativa de libertad impuesta, como sucedería en el caso de un penado nacional. La solución que se dio inicialmente de compensación con el período de prohibición de entrada quedó descartada por la redacción del propio precepto, que imponía al extranjero un período de prohibición fijo de diez años; no obstante, dicha solución puede ser repensada a partir de la nueva redacción del apartado 2 del artículo 89 del CP en su redacción conforme a la LO 5/2010, que introduce un limitado arbitrio judicial en la prohibición de regreso a España.

Igualmente preocupantes resultan aquellos casos en los que el extranjero inicia el cumplimiento de la pena privativa de libertad mientras se realizan las averiguaciones tendentes a determinar el país de destino a efectos de expulsión, e incluso en aquellos casos en los que el penado hubiera extinguido prácticamente la mitad de la pena privativa de libertad y se pretendiera ejecutar la expulsión. En ambos supuestos resulta evidente que la expulsión no sería sustitutoria sino acumulativa de la pena privativa de libertad que se pretende sustituir, y todo ello a pesar de la cobertura legal que otorga la disposición adicional 17.^a de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, al primero de los casos mencionados.

Para terminar el presente estudio me referiré a dos cuestiones: la controvertida naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva, en la que no me detendré especialmente ya que fue tratada en el apartado 3.1 de este trabajo, y una segunda en la que haré un breve apunte sobre la reacción de la jurisprudencia ante las dificultades que suscitan los artículos estudiados.

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas es mi intención subrayar el carácter de sanción que acompaña al instituto de la expulsión y la dificultad que representa mantener dicha figura entre las categorías penales, destacando especialmente la distorsión que ocasiona en el orden punitivo incluir la expulsión sustitutiva entre las medidas de seguridad previstas en el artículo 96.2.2.^a del Código Penal, vinculando al extranjero a un juicio automático de peligrosidad basado exclusivamente en el concepto de nacionalidad.

Respecto a la segunda cuestión, destacaré el papel indiscutible que ha desempeñado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su intento de introducir coherencia en la aplicación de ambos artículos, impidiendo que el carácter excepcional de la materia conllevara una distorsión del orden jurídico.

Fuera del ámbito jurisprudencial la Fiscalía General del Estado fijó las directrices de intervención del Ministerio Fiscal en sus actuaciones ante los tribunales y respecto a los extranjeros incurso en causas penales. Son representativas las Consultas 5/1987, 2/1990, 12/1997 y 1/2000; las Instrucciones 6/1991, 2/2001, 4/2001, 2/2002, 3/2003 y 6/2004, y las Circulares 1/1994, 3/2001, 1/2002 y 2/2006, que contienen pronunciamientos de interés sobre la naturaleza de la expulsión, su ámbito de aplicación, contenidos y efectos, orientando mediante sus instrucciones la actuación del Ministerio Fiscal en su condición de defensor de la legalidad en el ámbito penal.

No obstante, lo afirmado respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es aplicable a la Jurisdicción Constitucional, cuya intervención sobre este tema resultó un tanto sesgada, máxime tratándose de una normativa cuya aplicación directa podría afectar a algunos de sus artículos, y laxa en cuanto a la interpretación de algunas cuestiones que pueden afectar a la configuración del instituto de la autorización judicial de la expulsión

administrativa y de la expulsión penal, como es el caso de su aceptación pacífica de la naturaleza jurídica de la expulsión (véase la STC 24/2000, de 31 de enero); asimismo, los pronunciamientos relativos a la consideración de la tutela cautelar como parte integrante de la tutela judicial efectiva que dificultan en el caso objeto de estudio el desenvolvimiento del derecho al recurso, los pronunciamientos relativos al principio *non bis in idem*, que cierran toda posibilidad de aplicación de dicho principio en el ámbito de la expulsión judicial (por todas, las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 234/1991, de 10 de diciembre) y, por último, la tesis del Tribunal Constitucional (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9) contraria a la vinculación de la expulsión a los fines de reeducación y resocialización propios de las sanciones en el orden penal, basándose en la distinción entre medidas de seguridad privativas de libertad y no privativas de libertad entre las cuales se encuentra la expulsión.

IV. CONCLUSIONES

La jurisdicción ordinaria se ha visto obligada a asumir en su integridad un papel que en principio debería haber compartido con la jurisdicción constitucional. Se echan de menos pronunciamientos del Tribunal Constitucional más definidos, en orden a una cuestión que entendemos es susceptible de revisión y cuya ausencia ha sido la causa de que hasta el momento dicha tarea haya sido absorbida prácticamente en su totalidad por la jurisdicción ordinaria. No obstante, los precedentes jurisprudenciales de los que se dispone contribuyen a paliar las deficiencias que en la práctica plantea el texto legal, todavía subsistentes en la reciente reforma introducida por la LO 2/2009, cuyo artículo 57.7 incluye alguna novedad pero no contiene una reforma sustancial del texto, ya que se mantienen los efectos indeseados de la omisión del trámite de audiencia y la aplicación semiautomática del precepto, soslayada tan solo con la supresión de la referencia a las circunstancias excepcionales justificativas de la denegación. Cabe decir, por tanto, que la LO 2/2009 pierde de nuevo la oportunidad de mejorar la situación de los extranjeros incurso en un procedimiento administrativo y penal de expulsión, persistiendo en la legislación los inconvenientes analizados.

Por otra parte, la reforma introducida por la LO 5/2010 en el ámbito de la expulsión sustitutiva mejora en cuanto a la exigencia del trámite de audiencia que recoge en toda su amplitud, pero su escaso alcance no hizo perder novedad a algunas de las cuestiones planteadas en este trabajo, manteniendo plena vigencia la discusión sobre la naturaleza jurídica de esta figura, la automaticidad en la aplicación del precepto y en especial la acumulación de sanciones que se produce como consecuencia de su aplicación. Por tanto, visto lo anterior, se podría prever que la reforma del Reglamento 1162/2009 de 10 de julio, cuyo texto definitivo fue aprobado en el Consejo de Ministros de 15 de abril de 2011, y sobre el cual la Comisión permanente del Consejo de Estado en sesión celebrada el 7 de abril de 2011 emitió el dictamen 515/2011, no dará lugar a más comentarios sobre el alcance de la citada reforma con referencia a los artículos estudiados. No obstante, se insiste en la problemática que plantea su aplicación a fin de suscitar la necesidad de conciliar los posibles intereses de la política inmigratoria con el respeto a la coherencia en el orden jurídico, con tendencia a crear una normativa equilibrada que no quebrante los principios y garantías que en el caso de los delincuentes nacionales se dan por supuesto, permitiendo a su vez a los operadores jurídicos aplicar la norma sin que se vean obligados a realizar tensas interpretaciones del texto legal.

III. «CONSTITUCIÓN DEL TRABAJO» E INMIGRACIÓN IRREGULAR: UNA ARTICULACIÓN NECESARIA PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ⁽¹⁾

Universidad de Extremadura

RESUMEN

«Constitución del trabajo» e inmigración irregular: una articulación necesaria para el reconocimiento de los derechos humanos

El presente trabajo tiene como objetivo pensar y reflexionar, tomando como base el ordenamiento jurídico español vigente, acerca de los mecanismos legales de organización-acción más eficaces para lograr, por parte de las personas inmigrantes «sin papeles», su regularización y derechos básicos. La conclusión a la que llega es que en contraste con la anunciada, por muchos autores, muerte de las viejas estructuras de organización de la clase trabajadora en la actual sociedad post-fordista, para el caso del sujeto colectivo inmigración irregular, los viejos instrumentos de acción (sindicato y huelga) son los que, a diferencia de la forma «nuevos movimientos sociales», quizá mejor se pueden adaptar a su naturaleza y más posibilidades de eficacia les ofrecen.

Palabras clave: Inmigración, Constitución del Trabajo, Ley de Extranjería, Derechos Humanos.

ABSTRACT

Constitutional labour rights and illegal immigration: a necessary articulation for the recognition of human rights

The objective of this paper is to think and to reflect, based on Spanish law in force, on legal mechanisms of organization-action to be, on the part of immigrants without papers, more effective in achieving their regularization and basic rights. The conclusion reached is that in contrast to the announcement, by many authors, death of the old structures of working class organization, in the current post-fordist society, in the case of irregular immigration collective subject, the old instruments of action (union and strike) are those which, unlike the «new social movements» form, perhaps best adapt to their nature and more options of effectiveness offer them.

Key words: Immigration, Constitution of work, Aliens Act, Human rights.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

1. Inmigración y modernidad: ¿sedimentación y acumulación de derechos, o vaciamiento de derechos?

(1) Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Extremadura. Profesor del máster en Derecho Constitucional en la Universidad Mayor San Andrés (La Paz. Bolivia). Doctor en Derecho por la Universidad Jaume I de Castelló. Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Barcelona. Ha sido investigador visitante en diversas universidades de Estados Unidos, América Latina y Europa. Es autor de diversas monografías y publicaciones sobre derechos humanos, teoría del Estado y constitucionalismo latinoamericano. Su último libro es *Los derechos sociales en las nuevas constitucionales latinoamericanas* (Tirant lo Blanch. Valencia. 2010). albertnoguera@unex.es.

2. **Hacia una estrategia para el sujeto colectivo inmigración en la consecución de sus derechos.**
- II. LAS NUEVAS REIVINDICACIONES Y FORMAS DE ORGANIZACIÓN DE LA IZQUIERDA: ¿SON ÚTILES PARA LOS INMIGRANTES SIN PAPELES?
1. **De la ciudadanía laboral a la ciudadanía social.**
 2. **Nuevas formas de organización social y cambio en los derechos sobre los que se fundamenta la protesta.**
 3. **El desfase entre «nueva realidad» y «vieja Constitución»: sus efectos sobre las posibilidades de lucha del sujeto colectivo inmigrante.**
- III. CONSTITUCIÓN DEL TRABAJO E INMIGRACIÓN: ¿HACIA UNA RECUPERACIÓN DE LOS CLÁSICOS MECANISMOS DE LUCHA?
1. **El derecho de asociación (artículo 8 de la LO 4/2000) y los derechos de reunión y manifestación (artículo 7 de la LO 4/2000) en el ámbito de la «ciudadanía social».**
 2. **Ciudadanía laboral y derechos colectivos del trabajo.**
 - A) La eficacia de la acción sindical.
 - B) Garantías reales frente a los actos de represión del empresario.

I. INTRODUCCIÓN

1. **Inmigración y modernidad: ¿sedimentación y acumulación de derechos, o vaciamiento de derechos?**

Una Constitución no sólo es un texto jurídico, no sólo establece instituciones, procedimientos jurídicos y normas, una Constitución establece, también, un nuevo contexto cultural, nuevas representaciones simbólicas, es expresión de una nueva manera de auto-representación cultural de un pueblo⁽²⁾.

Las sociedades europeas actuales, nuestras sociedades, adquieren su forma actual como comunidad jurídico-cultural con la francesa Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Si bien, seguramente, existieron también tradiciones y experiencias pre-revolucionarias que colaboraron en conformar nuestra modernidad⁽³⁾, parece haber unanimidad en aceptar el hecho de que la Declaración francesa de 1789 es el punto de apoyo sobre el que se establecen y proyectan los paradigmas político-culturales o jurídico-

(2) HÄBERLE, P., *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 46-47.

(3) La revolución norteamericana y la Declaración de derechos de Virginia de 1776, por ejemplo, influyeron, sin duda, de manera determinante en la propia Declaración francesa de 1789 y en nuestro nuevo sistema cultural.

III. «CONSTITUCIÓN DEL TRABAJO» E INMIGRACIÓN IRREGULAR

culturales base que, actualmente, nos son propios, incluidos tanto los del liberalismo como los del socialismo⁽⁴⁾.

Entre muchos otros⁽⁵⁾, uno de los aspectos que 1789 introdujo, como parte de este nuevo marco cultural, fue el reconocimiento de la dignidad humana como premisa antropológica y de los derechos humanos universales como producto inevitable de ello.

Ahora bien, desde 1789 hasta nuestros días, ha tenido lugar en Europa, en materia de derechos, lo que podemos llamar una doble trayectoria opuesta paralela:

- a) *Una trayectoria progresiva* (para los ciudadanos nacionales europeos).
- b) *Una trayectoria regresiva* (para los inmigrantes).

En primer lugar, 1789 constituyó, en términos de dogmática constitucional, un límite o garantía cultural de *statu quo* con determinados contenidos irrenunciables para el futuro Estado constitucional liberal (supremacía de la Constitución, separación de poderes, dignidad humana-derechos fundamentales). Estos elementos constituyen una barrera cultural que no permite el paso atrás⁽⁶⁾ y fundan los elementos básicos a partir de los cuales se ha producido el avance constitucional progresivo durante los últimos dos siglos⁽⁷⁾. Por ejemplo, la noción de dignidad humana y el postulado de *fraternidad* de 1789, como base de la lucha y reconocimiento de derechos sociales en el siglo xx.

Con los límites infranqueables y fundamentándose en los postulados ético-sociales de 1789 (*libertad, igualdad y fraternidad*), diversos sujetos colectivos han conseguido, a través de sus luchas sociales, el reconocimiento constitucional de nuevos derechos, produciéndose, en consecuencia, un proceso acumulativo, de ampliación y complementación de derechos para los nacionales europeos que atraviesa los últimos dos siglos⁽⁸⁾.

(4) Los Estados socialistas que han existido apenas podrían ser imaginables sin la fecha de 1789. El vocablo socialismo aparece en Europa hacia 1830, concretamente en Inglaterra, vinculado a las propuestas de reforma social de Robert Owen, y en Francia entre los discípulos de Henri de Saint-Simon. La idea surge como reacción a dos experiencias que acaban por entrecruzarse: una política, la revolución francesa y la Declaración de 1789; otra socio-económica, la revolución industrial. El socialismo nace en el fragor revolucionario de los años 1789-1799, implícito en el afán de libertad, igualdad y fraternidad que la revolución proclama. A lo largo de todo el s. xix los socialistas mantienen fija la mirada en esta década revolucionaria e interpretan las revoluciones vividas, la de 1830, la de 1848, la Comuna de París en 1871, hasta las revoluciones rusas de 1905 y 1917, dentro de los módulos de la revolución francesa. El socialismo es así producto directo de la Revolución francesa y, por tanto, heredero directo del racionalismo y del espíritu democrático de una parte de la Ilustración.

(5) El carácter escrito de las constituciones, la idea de codificación y de la positivización del derecho, la doctrina del poder constituyente del pueblo, procesos de elaboración y reforma de la constitución, la separación de poderes, el concepto de Ley-voluntad general, la República como forma de Estado y la idea del Estado-nación. (HÄBERLE, P., *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, ob. cit., pp. 76-77).

(6) El paso del Estado legislativo al Estado constitucional presupone la afirmación del carácter normativo de las constituciones que pasarán a integrar un plano de juridicidad *superior, vinculante, indisponible e infranqueable*, en *línea de principios*, para todos los poderes públicos (PEÑA FREIRE, A.M., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 59).

(7) HÄBERLE, P., ob. cit., p. 88.

(8) A diferencia de lo que señala el criterio histórico de clasificación de derechos, o *tesis de las generaciones de derechos*, que también habla del reconocimiento de derechos como un proceso histórico a largo plazo, aquí parto de la base de que el reconocimiento constitucional progresivo de derechos no se produce de manera lineal por generaciones

Un proceso, además, no acabado sino abierto en su evolución a la aparición de nuevos derechos⁽⁹⁾.

Sin embargo, y en segundo lugar, este proceso de acumulación o sedimentación progresiva de derechos desde 1789 en adelante, no se da para el caso de los inmigrantes. Aquí el proceso es a la inversa. En la Declaración francesa de 1789, todos los derechos fundamentales, con la única excepción de los derechos políticos, fueron proclamados inicialmente, como derechos «universales», reconocidos a todos en cuanto «personas» y no en cuanto «ciudadanos»⁽¹⁰⁾. Dicha proclamación tenía un valor abiertamente ideológico. Los revolucionarios de 1789 hablaban de *droits de l'homme* y no de *droits du citoyen* para atribuirles un mayor carácter de universalidad e igualdad⁽¹¹⁾.

La evolución posterior del constitucionalismo no ha caminado, sin embargo, en este sentido. A partir de la noción de «ciudadanía» introducida por Thomas H. Marshall, en su ensayo *Citizenship and social class* (1950)⁽¹²⁾, como *status* al que se asocian *ex lege* todos los derechos (derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales), muchos de los procesos de constitucionalización de derechos, especialmente del siglo xx, incurrieron en lo que podemos denominar una «ciudadanización de los derechos», al incorporar gran parte de los derechos civiles, políticos y sociales dentro del ámbito de influencia de un modelo de ciudadanía que vacía de contenido la noción de atribución universal de personalidad como título de atribución y otorga éstos sólo a aquellos que poseen la «ciudadanía» del país en cuestión⁽¹³⁾.

de derechos (derechos civiles primero, derechos políticos segundo, derechos económicos, sociales y culturales, tercero, y derechos colectivos por último), sino que se trata de un procedimiento un tanto más complejo y desordenado (para una crítica a la concepción de reconocimiento lineal propia de la tesis de las generaciones de derechos, ver: PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 19-25).

(9) Se trataría de los denominados por A. PODGÓRECKI como «crippled Human Rights» que, a diferencia de los «complete Human Rights», son meramente verbales, existen en el nivel de las demandas de los sujetos colectivos pero todavía son ignorados por los aparatos legales oficiales, todavía no han sido positivizados [PODGÓRECKI, A., «Towards a Sociology of Human Rights». En FERRARI, V. (ed.), *Laws and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of law for ninth Centenary of the University of Bologna*, Giuffrè, Milán, 1991, p. 421]. Sobre esta visión que defiende la imposibilidad de operar con categorías cerradas de derechos ver también: DALY, M., *Access to social rights in Europe*, Consejo de la Unión Europea, Estrasburgo, 2002, pp. 25-26.

(10) «Los hombres» (y no los ciudadanos), dice el artículo 1 de la Declaración de 1789, «nacen libres e iguales en derechos»; y el artículo 2 habla de «derechos naturales e imprescriptibles del hombre», identificándolos con «la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión»; mientras que los arts. 7, 8, 9 y 10 incorporan para todos ellos la garantía del *habeas corpus*, las restantes garantías penales y procesales y la libertad de pensamiento. Existe tan sólo una clase de derechos —los derechos políticos— que son atribuidos por el artículo 6 al individuo en cuanto *citoyen*: «el derecho a concurrir personalmente o por medio de representante a la formación» de la ley como «expresión de la voluntad general», y el de «acceder a todas las dignidades, puestos y empleos públicos sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos» (FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2009 —sexta edición—, p. 100).

(11) Evidentemente, los revolucionarios franceses de 1789 podían hacer esto sin asumir mayores costes, ya que no era previsible, en la época, que hombres y mujeres del Tercer Mundo pudieran llegar a Europa y reclamar que esas declaraciones de principios fueran realizadas en la práctica. En todo caso, se estaba produciendo el fenómeno inverso: eran los europeos quienes, después de la conquista del Segundo Mundo, se preparaban a conquistar el planeta entero (*ibíd.*, p. 116).

(12) MARSHALL, T.H., *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998.

(13) Como uno de los ejemplos más recientes de ello, encontramos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE), de 7 de diciembre de 2000, incorporada en el Tratado de Lisboa de 2007. Ésta edifica, al igual que los sistemas internos de los Estados parte de la Unión, todo un sistema jurídico sobre la existencia de una desigualdad,

Es por esta razón que hablo de un procedimiento regresivo de vaciamiento de derechos para los inmigrantes desde 1789. Como señala FERRAJOLI, la ciudadanía constituye hoy el último factor de discriminación y la última reliquia premoderna de las diferenciaciones por estatus. Como tal, se opone a la universalidad e igualdad de los derechos fundamentales proclamada en 1789⁽¹⁴⁾.

2. Hacia una estrategia para el sujeto colectivo inmigración en la consecución de sus derechos

La señalada diferenciación entre «personas» y «ciudadanos» como sujeto de derechos y, en consecuencia, la negación de derechos en el interior de los Estados a los inmigrantes en situación de irregularidad administrativa, ha provocado con la llegada, durante los últimos años, del fenómeno migratorio, que inmigración (irregular) sea, hoy en nuestras sociedades, sinónimo de desigualdad, explotación y pobreza. Pero, ¿cómo salir de esta situación?

Este texto persigue buscar estrategias para el sujeto colectivo inmigración, en concreto de aquellos llamados «sin papeles», en la lucha por sus derechos.

El objetivo es pensar la estrategia más eficaz para lograr la regularización e igualdad (formal) de estos inmigrantes con los nacionales, tomando como base el ordenamiento jurídico vigente. Evidentemente que no haría falta pensar estas estrategias de lucha y todo

o si se quiere de una discriminación, basada en la nacionalidad, entre los nacionales de los Estados miembros y los de terceros Estados. Dicho principio aparece en la Carta de modo inverso a como lo acabo de exponer, con el objetivo de confundir falazmente a los que la leyeran de manera no detenida. Así, el artículo 12 afirma: «En el ámbito de aplicación del presente tratado (...) se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad». Pero conviene señalar que el ámbito de aplicación del tratado, a esos efectos, viene limitado tan sólo a los beneficiarios del sistema, es decir, a los nacionales de un Estado miembro que deseen beneficiarse de alguno de los derechos creados a su favor en la carta. De modo tal que el sistema impide discriminar entre italianos y franceses, pero obliga a discriminar entre italianos y senegaleses, por ejemplo (FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 36). La carta dedica su capítulo V a los «derechos de ciudadanía». Este capítulo recoge un conjunto de derechos que, a diferencia de los establecidos en otros capítulos, su titularidad corresponde sólo a los ciudadanos de la Unión. De acuerdo con éste, son derechos exclusivos de los ciudadanos europeos el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento europeo (artículo 39), a ser elector y elegible en las elecciones municipales (artículo 40), a la libertad de circulación y residencia (artículo 45) y a la protección diplomática y consular (artículo 46). En cuanto al derecho de acceso a los documentos de las instituciones europeas (artículo 42), de acceso al Defensor del Pueblo (artículo 43) y de petición ante el Parlamento europeo (artículo 44), aparte de a los ciudadanos de la Unión, se reconocen también para aquellas personas físicas y jurídicas que sean residentes o tengan su domicilio social en un Estado miembro, pero no para los inmigrantes en situación irregular. Fuera del Capítulo V, en el Capítulo II dedicado a las «Libertades», cuando se establece «la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro», el artículo 15.2 restringe la titularidad de esta libertad a «todo ciudadano de la Unión», con lo cual parece que esta libertad debería estar dentro del Capítulo V y no del II. No obstante, tampoco debemos hacer mucho caso de esta ubicación, ya que la Carta en general no tiene una estructura demasiado coherente, el derecho a una buena administración (artículo 41), por ejemplo, cuya titularidad se reconoce textualmente a «toda persona», está ubicado dentro del Capítulo V, cuando por coherencia de estructura debería ir en otro lugar.

En resumen, lo que nos interesa aquí es ver como aquello que podemos considerar los derechos claves de la ciudadanía europea: las libertades de circulación, residencia y trabajo, tienen restringida su titularidad a los ciudadanos europeos, hecho con el cual no se busca sino impedir el establecimiento en territorio europeo de los inmigrantes pobres [GARCÍA MANRIQUE, R., «Los derechos de ciudadanía en la Carta Europea de Derechos». En MIRAUT, L. (ed.), *Justicia, migración y derecho*, ob. cit., pp. 283-284].

(14) FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ob. cit., pp. 97-124.

sería mucho más fácil con una simple reforma constitucional que incorporase en la Constitución el siguiente artículo: «todas las personas, sin ningún tipo de distinción, son titulares de todos los derechos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos»⁽¹⁵⁾. Sin embargo, no parece que esto vaya a suceder a corto plazo, los vientos que soplan en Europa van, más bien, en dirección contraria.

Una vez más, como siempre ha sucedido en la historia, la emancipación no será una concesión de los instalados, sino el resultado de una lucha: se conquista, se impone y se sostiene a través de concretas fuerzas sociales que se benefician de ella. Por ello, su primera condición es la capacidad de los excluidos para constituirse en sujeto colectivo con relevancia pública y de iniciar su batalla⁽¹⁶⁾.

Ello nos lleva, necesariamente, a tener que analizar y buscar cuáles pueden ser las formas más eficaces de organización y reivindicación de los inmigrantes para tal objetivo.

II. LAS NUEVAS REIVINDICACIONES Y FORMAS DE ORGANIZACIÓN DE LA IZQUIERDA: ¿SON ÚTILES PARA LOS INMIGRANTES SIN PAPELES?

1. De la ciudadanía laboral a la ciudadanía social

A modo general, podemos definir el concepto de ciudadanía como un estatus que otorga a los ciudadanos pertenencia a una comunidad, así como un conjunto de derechos y obligaciones. Ahora bien, la ciudadanía es también aquel conjunto de prácticas y relaciones sociales bajo las cuales tienen lugar la participación, mayor o menor, de estos ciudadanos en los derechos y obligaciones conferidos.

A lo largo de los siglos XIX y gran parte del XX, los sujetos construían sus relaciones sociales, políticas y económicas y, por tanto, su ciudadanía, alrededor de su condición de «obrero» o «trabajador». Ello se debía, tanto a una razón teórica, como a otra práctica.

A nivel teórico, se trata de una época de hegemonía, en el ámbito científico-académico, de la teoría marxista, la cual parte de la centralidad, en la sociedad capitalista, de la categoría trabajo asalariado⁽¹⁷⁾.

(15) Artículos de este tipo han sido incorporados recientemente en las nuevas Constituciones de Ecuador de 2008, que en su artículo 10, establece: «Las *personas*, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales». O en la Constitución boliviana de 2009, que en el artículo 14.I, señala: «*Todo ser humano* tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna».

(16) GUTIÉRREZ, I., «Introducción». En E. DENNINGER y D. GRIMM, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Trotta, Madrid, 2007, p. 22.

(17) Según Marx, a través del trabajo, el hombre transforma la realidad y se transforma a sí mismo. La centralidad de la clase obrera se deriva por estar en el foco de las contradicciones del capitalismo. Por un lado: sujeto por excelencia de la explotación capitalista y la enajenación del trabajo. Por otro lado: al ser la única clase en el capitalismo con capacidades para construir una nueva sociedad por su ubicación en el proceso productivo. (Ver: MARX, K., *La ideología alemana*, Laia, Barcelona, 1987 y «Tesis sobre Feuerbach». En *Obras escogidas*, Progreso, Moscú, 1955, T. II, pp. 426-428). Esta idea es complementada con la frase del Manifiesto Comunista: la historia es la historia de la lucha de clases (K. MARX, «El manifiesto del Partido Comunista». En *Obras escogidas, ob. cit.*, T. I, pp. 13-55).

III. «CONSTITUCIÓN DEL TRABAJO» E INMIGRACIÓN IRREGULAR

Pero además, en este período, la cuestión de la centralidad del trabajo asalariado y de la clase obrera no era sólo un asunto teórico, tenía también una clara constatación sociológica o práctica⁽¹⁸⁾.

De acuerdo con esto, podemos afirmar que la ciudadanía era preeminentemente «laboral», el trabajo, la fábrica, era el principal elemento de sociabilidad y de construcción de subjetividad, pudiendo hablar, entonces, de una «ciudadanía laboral». La cuestión social se define a partir de la fábrica y del salario, y no al revés. Las grandes fábricas, y no el territorio o la nación, representaban el espacio en el que se definen las relaciones sociales, políticas y económicas, y por tanto, también los derechos de ciudadanía.

Pongamos un ejemplo claro de ello: la ampliación de derechos de ciudadanía que el Estado Social, aparecido en Europa durante el período de entreguerras y post-guerra, supuso, es una ampliación de derechos realizada alrededor de la noción única de «trabajo».

En primer lugar, partiendo de una concepción de «trabajo» de matriz sociológica, entendiendo el trabajo como una de las estructuras asociativas que conforman la sociedad, esto es, el «sujeto trabajo» (clase obrera organizada en sindicatos), el Estado Social supuso una ampliación de los derechos de participación política de los trabajadores, reconociendo al sujeto trabajo como sujeto político colectivo participante en las decisiones políticas estatales. A la vez que le otorgaban instrumentos para que pudiera participar: el reconocimiento de los derechos de huelga política, la negociación colectiva, los consejos en la República de Weimer, etc.⁽¹⁹⁾.

Y, en segundo lugar, partiendo de una concepción de «trabajo» entendido como medio de vida del trabajador, como salario, el Estado Social no fue más que el añadido a la forma «salario directo» de la forma «salario indirecto», mediante la cual el Estado garantiza al trabajador, con ingresos insuficientes o temporalmente inhabilitado para cumplir su función laboral, unos recursos mínimos —en forma de prestaciones o servicios sociales— para la supervivencia y bienestar tanto de él como de su familia (derechos sociales)⁽²⁰⁾.

Por tanto, el Estado Social y sus derechos estuvieron estrechamente ligados a la forma de organización del trabajo hegemónica en sus tiempos.

La situación cambia pero, a finales de los años setenta, momento en que se produce un cambio en la organización del trabajo, imponiéndose un nuevo paradigma productivo basado en la multi-fragmentación del trabajo, llamado post-fordista. Los factores que favorecen este cambio son varios⁽²¹⁾. Con todo ello, el llamado «obrero-masa» deja ya de ser el único

(18) La fábrica es el centro de la vida obrera. Incluso se puede hablar de una continuidad entre fábrica y hogar-vida, la propia arquitectura de los edificios en las ciudadelas obreras, o expresiones como el pop-art que aplica la producción en serie fordista al arte, eran manifestación de esta continuidad.

(19) Sobre ello, ver: MAESTRO, G., *La Constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2002; y, de CABO, C., *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la constitución*, Trotta, Madrid, 2010.

(20) Ver, BOLOGNA, S., *Crisis de la clase media y posfordismo*, Akal, Madrid, 2006, p. 72.

(21) Entre muchos otros, podemos citar:

— La estrategia del capital, aprovechando la crisis mundial, para disminuir la capacidad de negociación de los trabajadores. Estrategia que pasa por un: desplazamiento espacial y temporal del capital (hacia las periferias menos conflictivas, con posibilidades de rentabilizar inversiones); desplazamiento tecnológico-organizativo

exponente de asalarización, dándose ésta, también, en muchas otras formas⁽²²⁾. Ahora bien, esto no significa la desaparición del obrero. Si mantenemos la definición clásica de obrero como personas que son empleadas por otras personas o por estructuras que producen riqueza a partir de la apropiación del trabajo contratado⁽²³⁾, hoy se ha disminuido enormemente la antigua estructura obrera, pero se ha ampliado el número de obreros.

Ahora hay muchos más obreros, y si consideramos también como obreros aquellos que pudieran abarcar otro tipo de actividades que directa o indirectamente contribuyen a los procesos de valorización y de concentración de la riqueza, éstos se incrementan aún mucho más⁽²⁴⁾. Sin embargo, ahora el obrero no está ya localizado, al menos en su amplia

del capital (fordismo disperso —«toyotismo cicatero»— sin garantía de puesto de trabajo); desplazamiento del capital hacia nuevas líneas de producción e industrias más rentables, con nuevas formas y elementos dominantes de producción (hacia el software y nueva línea productiva de servicios, servicios terciarios y cuaternarios...); y, desplazamiento del capital fuera de la producción (financiarización). (PIQUERAS, A., «Acumulación, regulación, ondas y estrategias en las luchas del trabajo», *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana*, núm. 24, 2009, pp. 223-270);

- Ampliación de los procesos inmigratorios, asociados a trabajos como servicios domésticos, cuidado de enfermos, etc. en el caso de las mujeres, o construcción y agricultura, en el de los hombres;
- La eclosión masiva del trabajo autónomo como opción de supervivencia para muchas personas (en condiciones de auto-explotación) ante el desmantelamiento de la empresa pública. Éste es un fenómeno que se da, de manera masiva, por ejemplo, en los países de la Europa del este, durante la década de los noventa, con la transición al capitalismo y el desmantelamiento de la gran empresa pública que daba trabajo a la mayoría de la población.
- El cambio de mentalidad y la periodización de la existencia de las generaciones post-mayo 68 y posteriores. Después de la derrota de 1968 se derivó la filosofía «si no podemos eliminar los patronos, por lo menos, prescindamos de ellos en nuestra vida». A partir de ahí surge, como deseo de auto-realización, un discurso de rechazo del trabajo asalariado como una rebelión a la disciplina de la fábrica. Se trata de hacer efectiva la utopía de la independencia, de la liberación de los controles. El famoso «prohibido prohibir» se dirigía contra las formas de organización política y social basadas en la disciplina, en las normas establecidas. Fruto de ello, el comunismo pasa a representar un modelo negativo, sustituido ahora por las nuevas culturas alternativas del ecologismo, la lucha contra la energía nuclear, proyectos culturales auto-gestionados, etc. Derivado de ello surge, para las siguientes generaciones, un cambio en la periodización de la existencia. Los jóvenes rehúyen el trabajo reglamentado, el empleo estable y la jornada laboral regulada, mitificándose una simbología del «viaje» o del «trotamundos». Para el asalariado la existencia representaba un *continuum* contenido en la unidad familiar y la fábrica. A diferencia de esto, los nuevos jóvenes se caracterizan por la alternancia de períodos de trabajo con períodos de no-trabajo, por la temporalidad de los empleos y menor seguridad de éstos, etc. Todo ello les lleva hacia unidades más cortas de tiempo (BOLOGNA, S., *ob. cit.*, pp. 45-49).

(22) Servicios domésticos, la economía de servicios de la infraestructura urbana o los propios oficios eventualizados, economía informal, trabajadores autónomos, etc.

(23) GARCÍA LINERA, A., «Comentario a la conferencia de Toni Negri: El Poder Constituyente». En T. NEGRI, M. HARDT, G. COCCO y J. REVEL, *Imperio, multitud y sociedad abigarrada*. CLACSO-Muela del Diablo-Comuna, La Paz, 2008, pp. 21-39.

(24) Difícilmente se puede decir que la mayoría de trabajadores autónomos surgidos, como estrategia de subsistencia, ante el desmantelamiento de la gran empresa estatal, sean empresarios. Algunos autores denominaron a estos nuevos autónomos con el término de *existenzgründer* (fundadores de una existencia), para distinguirlo de *firmengründer* (fundadores de una empresa). La diferencia entre estos nuevos trabajadores autónomos y un pequeño empresario, son evidentes (BOLOGNA, S., *Crisis de la clase media y posfordismo*, *ob. cit.*, pp. 49-53). Más que empresarios, Theodor Geiger los define como *proletaroides*. A diferencia del trabajador asalariado, los nuevos autónomos no tienen jefe, sin embargo, ambos comparten las mismas condiciones de explotación, ambos se hallan bajo la presión de la demanda, es decir, están obligados a reproducir cada día su prestación laboral, gracias a la cual se ganan la vida. Ambos sobreviven a partir de la explotación de su fuerza de trabajo, incluso los nuevos autónomos en mayor grado, pues no

mayoría, en la fábrica y en la ciudadela, sino que se transversaliza, adoptando múltiples formas, a lo largo de toda la sociedad. El obrero, en una gran parte, se ha des-fabrilizado y se ha diluido en lo social. Es lo que NEGRI denominó el paso del «obrero masa» al «obrero social»⁽²⁵⁾.

Indisolublemente vinculado con este proceso está la aparición de un nuevo ámbito de reivindicación y construcción de las relaciones sociales, políticas y económicas por parte de los trabajadores, diferente al industrial-laboral. Este nuevo ámbito de lucha y conquista de los derechos es «lo social», de aquí que hable de una «ciudadanía social», la cual sustituye la antigua «ciudadanía laboral». Este proceso transforma la propia concepción de *Sociedad Civil*, ahora vista como sujeto interviniente y como lugar de confluencia de las luchas, pactos e interacciones sociales.

2. Nuevas formas de organización social y cambio en los derechos sobre los que se fundamenta la protesta

Al cambiar la forma de organización del trabajo, cambian también las formas de conflicto y negociación y, por tanto, de organización de los trabajadores. La figura clásica del sindicato y la huelga es, en la actualidad, un instrumento válido de actuación en el ámbito estrictamente industrial-laboral, pero incapaz de abarcar la amplitud y complejidad del nuevo espacio de actuación, «lo social», y sus múltiples formas de trabajo. El trabajo autónomo precario de subsistencia, al carecer de una contraparte colectiva, ha salido *de facto* de la historia secular de conflictos laborales y del sistema de derechos construido a partir de la legitimidad de esos conflictos. Ello impide que la acción sindical pueda utilizarse para reivindicaciones que vayan más allá de las formas clásicas de asalarización, descartándose, por tanto, su capacidad de abarcar la totalidad del amplio ámbito «lo social».

Ante esta incapacidad, la repolitización o subjetivización de los «precarios» en el nuevo espacio social se hace a través, ya no del sindicato, sino de los llamados Nuevos Movimientos Sociales (NMS).

Lo característico de un movimiento social es que no tiene un lugar específico para hacer política sino que, a partir de algún núcleo de constitución de sujetos, organización y acción colectiva, empieza a transitar y a politizar los espacios sociales con sus críticas, reivindicaciones, discursos, prácticas y proyectos. Un movimiento social no suele permanecer en un lugar ni constituir un espacio político especial al cual circunscribirse. Los movimientos sociales son un tipo de configuración nómada de la política⁽²⁶⁾. Ello les permite adaptarse y actuar en el extenso, heterogéneo y multiforme espacio de «lo social». Una condición de su desarrollo es el circular por los diversos lugares socio-políticos existentes promoviendo sus demandas y objetivos.

Asimismo, a un cambio de sujeto colectivo y formas de actuar le corresponde también:

tienen horarios, no tienen salario mínimo asegurado, etc. (GEIGER, T., *La estratificación social del pueblo alemán*, Euramérica, Madrid, 1971).

(25) NEGRI, T., *Del obrero masa al obrero social*, Anagrama, Barcelona, 1981.

(26) TAPIA, L., *Política Salvaje*, CLACSO-Muela del Diablo-Comuna, La Paz, 2008, pp. 55-56.

a) *Una transformación de los derechos de ciudadanía en base a los cuales los NMS fundamentan el ejercicio de su protesta;*

Los NMS ya no fundamentan el ejercicio de sus movilizaciones a través del ejercicio de la «libertad de sindicarse» (artículo 28.1 CE), el «derecho de negociación colectiva» (artículo 37.1 CE) o del «derecho de huelga» (artículo 28.2 CE), este es un derecho cuyo ejercicio va claramente en retroceso (mientras el año 1979 se hicieron 180 millones de horas de huelga en el Estado, el 2008 sólo se hicieron 80 millones y el 2009, 1,2 millones); ni siquiera lo hacen, tampoco, a través del derecho de asociación (artículo 22.1 CE), pues los NMS no están constituidos estructuralmente o institucionalizados, son estructuras fluidas, asamblearias, cambiantes, que aparecen y desaparecen a partir de una identidad coyuntural de intereses entre personas o grupos. La base principal de la que brotan sus energías o su acción es el principio rousseauiano de la participación, es la idea de politización de los lugares sociales o conjunto de estructuras y relaciones sociales que hasta ahora habían sido despolitizadas o neutralizadas. La política desborda lo que, hasta ahora, eran sus lugares centrales. Los sujetos principales de la política deben ser cada vez menos aquellos que surgen de la articulación entre elecciones y sistema de partidos, con su prolongación en el parlamento, para pasar a ser los ciudadanos organizados. En consecuencia, el derecho en base al cual los NMS fundamentan el ejercicio de su protesta es ahora, el «derecho de participación política directa» (artículo 23.1 CE)⁽²⁷⁾, vinculado al principio de soberanía popular (artículo 1.2 CE).

b) *Una transformación de los derechos de ciudadanía que los NMS reivindican;*

Con la desmovilización del movimiento obrero, fruto de la crisis del modelo productivo fordista que actuaba como elemento unificador de los trabajadores, se produce la casi desaparición de un sujeto revolucionario con un programa de cambio totalizante, basado en la «igualdad» social o sociedad sin clases. En este contexto, y frente al diluvio neoliberal, la única salida que quedó a los pocos movimientos sociales supervivientes (ecologistas, feministas, gays lesbianas y transexuales, nacionalistas, movimiento indígena —en América Latina—, etc.), fue «atrincherarse» en su propio ámbito y en su propia esfera con el fin de resistir y mantener la lucha por sus derechos e intereses. Se ha producido, por tanto, una fragmentación de las experiencias de rebeldía y de sus demandas, cada cual encerrada en sus parcelas segmentadas y «autónomas», así como de los derechos que reivindican. Esta disposición de los grupos-reivindicaciones, con sus aislamientos respectivos (fruto de la necesidad y resultado fortuito y espontáneo del conflicto social), provoca una lógica de la micro-política y de las reivindicaciones fragmentadas de derechos. Es una lógica a partir de la cual, encerrados en su propia problemática, aquellos grupos de sujetos organizados, ya no reivindican una totalización igualadora, sino «derechos de la diferencia»⁽²⁸⁾.

(27) Como ha señalado el TC, el derecho de participación política directa del artículo 23.1 CE «se concreta en la posibilidad constitucionalmente garantizada de ofrecer a los ciudadanos sin interferencia o intromisiones de los poderes públicos, los análisis de la realidad social, económica y política y las propuestas para transformarla que consideren oportuna» (STC 136/1999/14).

(28) «Los nuevos derechos que se reclaman hoy son la expresión de diferencias cuya importancia no se había afirmado hasta ahora y que ya no son derechos universalizables. En efecto, la democracia radical exige que reconozca-

3. El desfase entre «nueva realidad» y «vieja Constitución»: sus efectos sobre las posibilidades de lucha del sujeto colectivo inmigrante

Es evidente, como acabamos de ver, que hemos asistido, en las décadas de 1980 y 1990, fruto de la llamada mundialización neoliberal, a transformaciones económico-sociales de gran envergadura. El citado cambio en el modelo productivo, es uno. Otro, es la eclosión de grandes olas migratorias de ciudadanos de los países del sur hacia los países del norte, por motivos económicos.

Pero, sin embargo, desde el punto de vista jurídico se produce un fenómeno curioso, que es el hecho de que todos estos cambios en nuestra realidad cotidiana se producen, en la mayoría de países de Europa y también en España, sin que se haya realizado ninguna modificación en la Constitución, que permanece, formalmente, sin modificaciones, de manera que desde el punto de vista estrictamente jurídico positivo se puede seguir hablando de un constitucionalismo propio de un Estado social fordista o industrial⁽²⁹⁾ y de una sociedad étnico-cultural homogénea.

Lo anterior provoca que, los textos constitucionales, sin modificación alguna, continúen manteniendo, actualmente, la identificación entre nacionalidad y ciudadanía propia del constitucionalismo tradicional del siglo XX, lo cual coloca el tema de la inmigración en el área de la extranjería y, en consecuencia:

1. El extranjero es una condición de la persona que se opone a la del nacional de un Estado determinado y, a su vez, la nacionalidad tiene como inmediata traducción

mos la diferencia (lo particular, lo múltiple, lo heterogéneo), o sea, todo aquello que el concepto abstracto de hombre excluía. No se rechaza el universalismo, se particulariza; lo que hace falta es un nuevo tipo de articulación entre lo universal y lo particular» (MOUFFE, CH., *El retorno de lo político*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 33).

(29) «La Constitución se convierte —en aspectos básicos del Estado social— en una estructura colgada en el vacío. Porque lo característico de la situación es que la crisis del Estado social que se produce en la realidad se hace sin modificaciones en la Constitución (...). De ahí que se asista a un fenómeno complejo en el que se aloja también una “dialéctica de la Constitución”. La Constitución se incumple en supuestos básicos del Estado social recogidos en ella como son los referidos a objetivos o fines propios de la intervención del Estado en materia de política económica (pleno empleo, redistribución de la riqueza) o a los medios, bien los específicamente previstos (planificación, política fiscal) bien los genéricamente necesarios para introducir el *reformismo* en el modelo socioeconómico (“remover los obstáculos o promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas”). Todo ello no sólo no se cumplió (mediante “omisión constitucional”) sino que se tomaron medidas, se sancionaron políticas y se pusieron en marcha actuaciones de los poderes públicos que eran claramente contradictorios —con la Constitución— (...) todo se ha hecho sin ninguna reacción en el orden jurídico formal y específicamente, de la institución que tiene como principal competencia la defensa de la Constitución, el TC. Por el contrario, ha ocurrido un hecho bien paradójico. Porque, como se acaba de decir, la crisis del Estado Social no se ha manifestado formalmente en el orden constitucional, de manera que la Constitución permanece como “Constitución del Estado social”; pues bien, lo que ha ocurrido es que, en lugar de aplicar esa Constitución formal, lo que ha venido haciendo la jurisprudencia del TC es “aplicar la realidad”, aplicar la “crisis del Estado social”, es decir, la “transformación de la realidad” en lugar de la Constitución formal, a través de distintas líneas jurisprudenciales de las que la más destacada es relativizar siempre los contenidos del Estado social recogidos en la Constitución a políticas económicas concretas, a las políticas económicas “posibles” del momento (lo que puede ser explicable) pero sin establecer nunca límites ni criterios, sin constitucionalizar la discrecionalidad, lo que es hipoconstitucionalizar o, en definitiva, desconstitucionalizar. A partir de ahí, esta hipoconstitucionalización se traduce, entre otras cosas, en un protagonismo de los niveles jurídicos infraconstitucionales, en el sentido de que se huye de la Constitución (como en general, del Derecho Público) para privilegiar al Derecho Privado (...) los poderes públicos utilizan el derecho privado, que deviene así una especie de “Derecho común” tanto para los operadores públicos como los privados» (de CABO, C., *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, ob. cit., pp. 100-102).

política la condición de ciudadanía de ese Estado-Nación. Es, por tanto, la ley quien define al extranjero en oposición a las condiciones de nacionalidad y ciudadanía⁽³⁰⁾.

2. Los derechos de ciudadanía (social) se confieren en exclusiva a quienes tienen la condición de nacionales de un país, en el sentido que son derechos confinados en el espacio estatal-nacional de referencia y que en él deben ser gozados por los respectivos ciudadanos de cada Estado⁽³¹⁾.

De esta manera, los inmigrantes están excluidos del acceso a muchos de los derechos de la «ciudadanía social»⁽³²⁾. Además, la nueva retórica y práctica generalizada de los gobiernos europeos⁽³³⁾, así como las últimas medidas adoptadas en Europa sobre la persecución, represión y expulsión de los inmigrantes en el proceso de retorno a sus países de origen⁽³⁴⁾, no parece revertir esta situación, más bien al contrario.

De este contexto se deriva la siguiente situación:

1. Que los inmigrantes (irregulares) no son titulares del «derecho de participación política directa». El artículo 13.2 de la CE señala que «solamente» los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23. Por tanto, no pueden articular el ejercicio de sus movilizaciones a partir de un derecho que no tienen.
2. Que la prioridad de los inmigrantes (irregulares) no pasa por que se les reconozcan «derechos de la diferencia», sino «derechos de igualdad o igualación» (formal).

Esta segunda afirmación podría encontrar una oposición de dos tipos, aunque ambas no aceptables en este caso.

(30) BAYLOS, A., *Inmigración y derechos sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 13.

(31) Incluso cuando un ciudadano extranjero demuestra que en su espacio «natural» de ciudadanía no puede ejercitar los derechos que le corresponderían en función del reconocimiento universal de los derechos, puede lograr que se le permita residir legalmente en otro país en virtud de un denominado derecho de asilo, pero no ejercitar en él los derechos de ciudadanía de los que ha sido despojado en su espacio nacional de origen (*ibid.*, pp. 13-14). [Sobre ello, ver también: JULIOS-CAMPUZANO, A., «La paradoja de la ciudadanía. Inmigración y derechos en un mundo globalizado». En L. MIRAUT (ed.), *Justicia, migración y derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 305; y, De LUCAS, J., «El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural», *Temas de hoy*, Madrid, 1994, pp. 43-45].

(32) Esta relación excluyente entre nación, ciudadanía y extranjería se atenúa mediante la noción de residencia continuada en un determinado lapso temporal. La permanencia en el espacio nacional de un extranjero le permitirá acceder a alguno de los derechos de ciudadanía. Pero también la residencia es una noción que se administra desde la legalidad estatal-nacional de forma gradual y se autoriza legalmente, excluyendo cualquier adquisición de esta cualidad por la mera voluntad de las personas (BAYLOS, A., *Inmigración y derechos sindicales*, *ob. cit.*, p. 14).

(33) Los últimos episodios de expulsión masiva del país, por parte del gobierno francés, de ciudadanos rumanos, en un intento del Presidente Nicolás Sarkozy por atraer los votos de los votantes del Frente Nacional (FN) en las próximas elecciones presidenciales, son ejemplo de ello [Ver, CASSEN, B., «Crisis moral, social y política en Francia. El presidente de los ricos en aprietos». En *Le Monde Diplomatique* (en español), núm. 179, septiembre 2010, p. 3].

(34) Me refiero a la aprobación el 18 de junio de 2008, de la Resolución Legislativa del Parlamento europeo, de los «procedimientos y normas comunes para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio» [PG_TA-PROV (2008) 0293], más conocida como Directiva de Retorno, o de la «vergüenza». (Sobre ello, ver, SILVEIRA GORSKI, H.C., «Estados expulsores y semipersonas en la UE», pp. 117-140, y WACQUANT, L., «Extirpar y expulsar: sobre la gestión penal de los inmigrantes poscoloniales en la UE», pp. 141-150. Ambos en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, núm. 43, 2009).

III. «CONSTITUCIÓN DEL TRABAJO» E INMIGRACIÓN IRREGULAR

La primera oposición podría venir de la llamada *ideología de la multiculturalidad*, surgida del contexto socio-científico estadounidense. Se trata de una ideología que parte de una concepción del inmigrante no como Ser económico-social sino como Ser, estrictamente, cultural (en un sentido esencialista de cultura), con lo cual cualquier política de igualación de sus condiciones de vida con el resto de ciudadanos es «asimilación» no respetuosa con su condición de Ser diferenciado. La manera principal entonces de garantizar la plena integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida es siguiendo la senda iniciada por países como Canadá en 1971, o Estados Unidos y Australia poco después, de adoptar una «política de multiculturalismo» entre cuyos propósitos principales estaba el apoyo al desarrollo cultural de los grupos etno-culturales⁽³⁵⁾. Esta ideología, sin embargo, lo que hace es confinar en el ámbito «cultural» las muy diversas formas de desigualdad social, dificultando en gran medida su expresión en la arena política. El multiculturalismo convierte lo que es una posición en la estructura social de clases, en «cultura» y, por tanto, convierte la *desigualdad* en *diferencia* (cultural). Supone ocultar y petrificar las desigualdades a través de su culturalización y, a la vez, legitimarlas y justificarlas a través del «discurso de la tolerancia»⁽³⁶⁾. El problema que presenta este discurso es el hecho de que la exclusión de la inmigración no puede explicarse mediante una unilateralización de sus causas en el elemento étnico-cultural o «protoidentitario», sino que junto a la condición protoidentitaria —musulmán, sikh, rumano, etc.— están otros elementos como la posición de clase, de oportunidades de vida, etc., que todos juntos conforman la situación de excluidos. Por tanto, no puede haber superación alguna de la exclusión cultural si no hay, a la vez, superación de la exclusión económico-social⁽³⁷⁾.

La segunda oposición podría venir de una supuesta contradicción de la afirmación citada con el *principio de indivisibilidad de los derechos*⁽³⁸⁾, pues estaría priorizando o jerarquizando un tipo de derechos (derechos universales de igualdad) por encima de otros

(35) Más tarde, en 1988, por medio de la *Multicultural Act*, la política del multiculturalismo adquirió en Canadá estatus de ley. En la actualidad, los niveles provinciales y municipales de gobierno así como numerosas instituciones públicas y privadas, cuentan con los denominados *multiculturalism programs* (Sobre ello, ver, TORBISCO, N., *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal*, Tesis doctoral, 2001, pp. 411-412).

(36) Sobre ello, ver, JAMESON, F. y ZIZEK, S., *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Paidós, Madrid, 1998.

(37) Sobre ello, ver, NOGUERA, A., «Diálogos sobre la plurinacionalidad y la organización territorial del Estado en Bolivia». En *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 87, 2010, pp. 250-251.

(38) El principio de indivisibilidad de los derechos hace referencia al hecho de que el pleno reconocimiento y garantía de un grupo de derechos (derechos civiles, derechos políticos, DESC o derechos colectivos), no se puede dar si no se produce, a la vez, un pleno reconocimiento y garantía de los otros grupos de derechos. Por ejemplo, sin derechos sociales plenamente reconocidos, los derechos civiles corren el riesgo de verse vaciados de contenido. El derecho civil a la vida o a la integridad física no puede escindirse, sin grave menoscabo de su contenido, del derecho social a un nivel adecuado de salud. Y, de manera similar, frente aquellos que dicen que el derecho a la libertad de expresión o de asociación no significan nada para quien no tiene nada que comer o no tiene casa, podría afirmarse que la conquista del derecho a la alimentación o a una vivienda depende, en gran medida, de la disposición de libertades civiles y políticas que permitan reivindicarlo. Este principio de indivisibilidad de los derechos ha sido reconocido por muchos de los tratados internacionales de derechos humanos aprobados en las últimas décadas. La Declaración final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, declara que todos los derechos humanos son «universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados» (UN Do.A/CONF. 157/23, #1.5). (Sobre este principio, ver, PISARELLO G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 40-41; NOGUERA, A., *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 192; EIDE, A. y ROSAS,

(derechos de la diferencia), cuando en realidad, este principio nos demuestra que no puede haber pleno reconocimiento de un grupo de derechos sin pleno reconocimiento de los otros (¿podría, a un trabajador musulmán, reconocérsele plenamente el derecho universal a no ser despedido por causas discriminatorias, si no se le reconoce, a la vez, un derecho cultural (de la diferencia) a poder interrumpir brevemente su actividad laboral para realizar las oraciones prescritas en su religión?). Ésta es la crítica que Charles Taylor⁽³⁹⁾ y Will Kymlicka⁽⁴⁰⁾ hacen a los autores liberales (Dworkin, Ackerman y Rawls).

En ningún momento, al afirmar que la prioridad de los inmigrantes «sin papeles» es el reconocimiento de «derechos de igualdad» y no «de la diferencia», estoy negando el principio de indivisibilidad de los derechos⁽⁴¹⁾. Y, justifico por qué digo esto.

A., «Economic, social and cultural rights: a universal Challenge». En A. EIDE, C. KRAUSE y A. ROSAS, *Economic, Social and Cultural Rights: a handbook*, Martuns Nijhoff, Dordrecht, 1995, p. 17).

(39) Según Taylor, en las sociedades premodernas la identidad individual estaba conectada al rol que la persona ocupaba dentro de la jerarquía social. El reconocimiento social se otorgaba, selectivamente, en términos de «honor» o de «preferencias». El empleo del término «honor» en el antiguo régimen suponía la desigualdad. Con la emergencia de la modernidad, estas estructuras jerárquicas configuradoras de las relaciones sociales se desploman. El concepto desigualitario de «honor» es lentamente desplazado por dos nuevas nociones:

- a) La noción de «dignidad»: el liberalismo entiende la dignidad en un sentido universalista e igualitario porque alude a una serie de atributos comunes a todos los seres humanos.
- b) La noción de «autenticidad»: se refiere a una identidad individualizada definida en términos subjetivos de autorrealización. Es la fuente del sentimiento de la existencia, la «fuente del yo». En la modernidad, la identidad deja de ser socialmente derivada para convertirse en autointerpretación individual. Y, como la identidad individual se construye en el marco de culturas concretas, la cultura será la que conforme nuestra autenticidad. Es desde la cultura que el individuo realiza sus elecciones en el resto de esferas de la vida.

Según Taylor, la mayoría de autores liberales reconocen sólo el elemento universalista e igualitario de la dignidad, pero no dan importancia a la autenticidad, al elemento de la diferencia. La consecuencia de ello es una forma de opresión, la aplicación de principios supuestamente neutrales de la política del universalismo, sin tener en cuenta la diferencia, acaba reflejando los valores y modos de vida de la cultura dominante y la exclusión de las otras.

Así pues, una «política del reconocimiento» pleno sólo puede existir si tiene en cuenta, por igual, los dos ideales propios de la modernidad: el del universalismo que invoca la idea de igual dignidad humana para asegurar los mismos derechos a todo individuo, y el de la diferencia, que apela al ideal de autenticidad. Se trata de una política que además del compromiso con los derechos individuales, establece también el reconocimiento de las diferencias culturales (TAYLOR, Ch., «La política del reconocimiento». En GUTMANN, E., *El multiculturalismo y la política del reconocimiento. Ensayo de Charles Taylor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 78-91).

(40) Por otro lado, KYMLICKA, acérrimo defensor del liberalismo, persigue mostrar que el abandono que se ha producido por parte de la teoría liberal «igualitaria» o «universalista» de la cuestión cultural no se debe a una deficiencia en los fundamentos del liberalismo, sino al hecho de que la mayoría de teóricos de la política posteriores a la Segunda Guerra Mundial trabajan con un modelo inadecuado de la *polis* en el que la comunidad política equivale a una única comunidad cultural. El problema no es que el liberalismo sea incompatible con el reconocimiento de la multiculturalidad, sino que el fallo es de los autores. Según KYMLICKA, los principios de libertad e igualdad que defiende el liberalismo implican, obligatoriamente, que se respete las personas en tanto miembros de: 1) una comunidad política, como 2) una comunidad cultural. Ambos aspectos son igual de importantes, no hay uno principal y otro secundario. La pertenencia cultural no es una preferencia de segundo orden sino un bien fundamental tan importante como el primero. A su juicio, este respeto a la pertenencia cultural se logra por medio del reconocimiento de derechos colectivos a las minorías culturales (Ver, KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: A liberal theory of minority rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995; y, *Liberalism, Community and Culture*, Clarendon Press, Oxford, 1989).

(41) Éste es un principio que, personalmente, he defendido en varias de mis publicaciones recientes. Ver, por ejemplo: NOGUERA, A., «¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo», *Derechos y libertades*, núm. 21, 2009, pp. 117-147; o, «El constitucionalismo de tercera generación: rompiendo la tensión entre la definición social del Estado

III. «CONSTITUCIÓN DEL TRABAJO» E INMIGRACIÓN IRREGULAR

La identidad jurídica de una persona debe diferenciarse en dos sub-identidades que representan a la vez, dos momentos distintos: la identidad constitutiva o la noción de «sujeto de derecho» (momento 1) y la identidad interpelativa o la noción de «sujeto con derechos» (momento 2)⁽⁴²⁾.

- Identidad constitutiva o «sujeto de derecho» (momento 1): La noción de sujeto es la ficción fundante de todo sistema jurídico. La estructura del Derecho moderno se organiza y se sostiene en torno a la categoría de sujeto, el Derecho siempre interpela a un «hombre». Ahora bien, es mediante el discurso jurídico que explica como el Derecho interpela al sujeto que este hombre se constituye (identidad). Es mediante la institución jurídica que los hombres toman conciencia de sí y se ven siendo como lo que el Derecho les dice que son⁽⁴³⁾. La Constitución y el Código Civil establecen quiénes son personas (esto es, sujetos de derecho), tipo y extensión de su capacidad, cualidades y atributos. En consecuencia, los hombres no inventan el Derecho después de estar constituidos como sujetos sino que es el Derecho el que inventa el sujeto (en el discurso liberal sujeto como «ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones»).
- Identidad interpelativa o «sujeto con derechos» (momento 2): Una vez el derecho constituye el «sujeto», lo interpela otorgándole derechos. La Ley lo alude, le habla, lo autoriza, le prohíbe, le establece algún lugar en el campo de la legitimidad o lo excluye de él, le otorga la palabra o le priva de ella, etc. Cada una de estas interpelaciones está orientada hacia ciertos individuos que, supuestamente, ya están constituidos como sujetos de derecho⁽⁴⁴⁾. El Derecho establece las inter-relaciones entre los sujetos de derecho.

A pesar de esta separación metodológica, la identidad jurídica es una, no pueden en la práctica separarse o marcar una frontera entre la (sub)identidad constitutiva y la interpelativa en cada sujeto. Existe una «simultaneidad» en el hecho de constituirse como sujeto de derecho y establecer inter-relaciones jurídicas. Adquirir la condición de sujeto supone reconocimiento de la existencia de un cierto tipo de relaciones con otros y, al mismo tiempo, ocupar un lugar determinado para el cruce de relaciones me constituye como sujeto al interpelarme. Sin embargo, esta separación nos sirve para ver cómo mientras la activación del principio de indivisibilidad de los derechos se produce en el momento 2, momento en que ya existe un sujeto de derechos al que hay que atribuirle derechos (que como indica el principio deben ser todos los derechos en igual jerarquía), la lucha presente de los inmigrantes sin papeles no se ubica en el momento 2, sino que consiste en acceder al momento 1 (ser «sujeto de derecho») y a este momento sólo pueden acceder a través de la *igualación*

y el tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 43, 2009, pp. 245-265.

(42) Ésta es una clasificación que creé y aparece, por primera vez, en el libro *Constitución, plurinacionalidad y pluralismo jurídico en Bolivia* (Ver, NOGUERA, A., *Constitución, plurinacionalidad y pluralismo jurídico en Bolivia*, Enlace, La Paz, 2008, pp. 28-34).

(43) RUIZ, A., «La categoría del sujeto de derecho». En. AA.VV., *Materiales para una teoría crítica del Derecho*. Ed. Abedelo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

(44) *Ibíd.*

jurídica con los ciudadanos (no de la diferencia). Por eso cuando digo que «la prioridad de los inmigrantes (irregulares) no es el reconocimiento de “derechos de la diferencia”, sino de “derechos de igualdad”», esto no va en contra del principio de indivisibilidad de derechos. Se trata de dos luchas en dos momentos diferentes.

En resumen, el hecho de que los inmigrantes irregulares no tengan acceso al derecho de participación política directa, ni tengan como prioridad inmediata el reconocimiento de «derechos de la diferencia», provoca un desajuste entre la naturaleza de los NMS y la naturaleza del propio sujeto colectivo inmigrante en situación de irregularidad. Ello lleva a plantearnos las siguientes cuestiones: ¿son las nuevas formas de organización de la izquierda, los NMS, útiles a los inmigrantes sin papeles para la consecución de su objetivo principal (la regularización y derechos de primera necesidad)? o, ¿existen otras formas de organización más eficaces para ellos?

III. CONSTITUCIÓN DEL TRABAJO E INMIGRACIÓN: ¿HACIA UNA RECUPERACIÓN DE LOS CLÁSICOS MECANISMOS DE LUCHA?

El citado desajuste entre la naturaleza de los NMS y la naturaleza del propio sujeto colectivo inmigrante en situación de irregularidad, hace que tengamos que pensar otras formas de organización para este último⁽⁴⁵⁾. Podemos plantear dos formas distintas, una ubicada en

(45) En contraposición a esta afirmación algunos defienden que no hay que buscar otras formas de organización para el movimiento inmigrante irregular, que la organización de éste bajo la forma NMS (como muestran los casos de los disturbios en los suburbios franceses de 2005, o el de los encierros en distintas ciudades del Estado español durante el 2001) ha sido un instrumento útil con el que este sujeto colectivo ha conseguido mostrar públicamente un conjunto de contradicciones así como ciertos resultados. No estoy de acuerdo en que podamos ubicar ni los hechos de Francia ni los encierros en ciudades del Estado bajo la forma NMS.

En primer lugar, no es posible identificar los disturbios en los suburbios franceses de 2005 con un NMS. A pesar de que algunos quisieron buscarle paralelismos con el mayo del 68, cuna de los NMS, la comparación muestra la ausencia de cualquier tipo de parecido. Si la revuelta de 1968 fue una revuelta con una visión utópica, la revuelta de 2005 sólo fue un estallido de violencia sin ninguna visión de futuro. Los manifestantes de los suburbios de París no exigían nada en concreto. Se trataba sólo de una reacción vaga a las declaraciones del entonces ministro de interior francés, Nicolás Sarkozy, que les había llamado «purria», que tomó la forma de una violencia (auto)destructora contra ellos mismos (los coches quemados o escuelas incendiadas no pertenecían a barrios ricos. Eran adquisiciones ganadas con el sudor y el trabajo de las mismas capas sociales de donde procedían los manifestantes). Se trataba de un acto de protesta de nivel cero, un acto de protesta violenta sin exigencias. No había ninguna forma de organización política ni programa más o menos claro detrás de los disturbios, los inmigrantes sólo exigían ser «reconocidos». Como señala ZIZEK: «el espectáculo de los sociólogos, intelectuales y comentaristas intentando encontrar explicaciones a los hechos era de lo más irónico». En consecuencia, poco tuvo que ver aquello con un NMS (ZIZEK, S., *Violència*, Empúries, Barcelona, 2009, pp. 78-79).

El movimiento de los inmigrantes sin papeles protagonista de los encierros en ciudades como Barcelona, Madrid, Valencia, Almería, Murcia o Huelva, durante el 2000 y 2001, es un movimiento que no presenta la forma pura de un NMS, sino que se configura como plataformas heterogéneas en las que juegan un papel decisivo los sindicatos.

En primer lugar, en el caso de Barcelona, ciudad donde surge este movimiento, los orígenes o impulso para la creación de la plataforma «papers per tothom» nace de personas de la Asociación de Solidaridad Portes Obertes, vinculada al proyecto de Acción Social de la CGT. Además, los sindicatos, especialmente la CGT, jugarán también un papel muy importante a lo largo de todo el ciclo de encierros, aportando alguno de los cuadros del movimiento (Norma Falkoni, portavoz de «papers per tothom» proviene de la CGT; Antonia Moyano, designada como una de las representantes de la asamblea «Papers per tothom» para negociar con la Administración provenía también de «portes Obertes» de la CGT), avituallamiento a los encerrados, la infraestructura y recursos necesarios (oficina de prensa, etc.), así como actuando, en muchos casos, de intermediadores entre los inmigrantes y la Administración.

III. «CONSTITUCIÓN DEL TRABAJO» E INMIGRACIÓN IRREGULAR

el ámbito de la «ciudadanía social» y otra en el ámbito de la «ciudadanía laboral». Veamos los inconvenientes o ventajas de éstas.

1. El derecho de asociación (artículo 8 de la LO 4/2000) y los derechos de reunión y manifestación (artículo 7 de la LO 4/2000) en el ámbito de la «ciudadanía social»

Entre las novedades que la reciente reforma (LO 2/2009, de 11 de diciembre) a la Ley de Extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero)⁽⁴⁶⁾ ha introducido, ha sido la incorporación, en la

En el caso del encierro en la Universidad de Barcelona, en noviembre de 2000, para pedir vivienda, de inmigrantes subsaharianos interceptados en barcos clandestinos entre África y Canarias que por la imposibilidad de ejecutar la orden de expulsión y el insostenible hacinamiento de los centros de Canarias fueron enviados a la península en aviones y abandonados en los aeropuertos, y de inmigrantes de la Europa del este, mayoritariamente búlgaros, que desde hacía semana dormían en la plaza industria del barrio de Sants; el intermediario en las negociaciones entre la Subdelegación del gobierno y los inmigrantes encerrados fueron las oficinas de CITE de CCOO o el AMIC de UGT, que tramitaron de manera individual las reivindicaciones de cada uno de los inmigrantes encerrados.

Cesados los encierros, la Mesa de Seguimiento creada para controlar el cumplimiento de los acuerdos llegados entre encerrados y Subdelegación del gobierno estaba integrado, entre otros, por representantes de CCOO, UGT y CGT.

En el caso del encierro de Almería, los representantes para negociar de los inmigrantes encerrados eran un inmigrante marroquí regularizado y un responsable del Sindicato Obrero del Campo (SOC). El SOC tuvo un papel decisivo en los encierros tanto de Almería como de Huelva. En el encierro de Murcia, CCOO, UGT y ATIME (Asociación de Trabajadores Inmigrantes Marroquíes en España), jugaron también un papel importante en las negociaciones entre encerrados y el Delegado del Gobierno. En Lepe, fue la rama sanitaria de la CGT la que dio apoyo permanente a los encerrados en huelga de hambre. Seguramente, podríamos poner muchos otros ejemplos que muestran la importancia que los sindicatos jugaron en este ciclo de protestas y movilizaciones de los inmigrantes (Un trabajo excelente sobre los encierros de «sin papeles» durante el 2000 y el 2001, puede verse en: BARBERO GONZÁLEZ, I., *Hacia modelos alternativos de ciudadanía: un estudio socio-jurídico del movimiento Sinpapeles*, Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, 2010).

(46) Ésta ha sido objeto de diversas reformas hasta nuestros días. Nada más sacar la mayoría absoluta en las elecciones del 2000, el Partido Popular (PP) llevó a cabo una contra-reforma (Ley 8/2000) a la Ley de Extranjería que supuso, conjuntamente con el desarrollo reglamentario de ésta (Real Decreto 864/2001), una clara restricción del reconocimiento de los derechos fundamentales de los inmigrantes sin papeles. Bajo la consideración de que se trataba de una Ley que contenía concesiones excesivas a los extranjeros, el gobierno del PP restringió el ejercicio de muchos de estos derechos sólo a aquellos que ostentan la condición de «residentes legales», a la vez que se recrudescían las condiciones para acceder a la residencia, dejando a los inmigrantes «sin papeles» fuera de protección, o, dicho de otra manera, con la condición mínima e indispensable para que puedan ser productivos en régimen de explotación. El derecho a la educación no obligatoria, que incluye parte de la formación profesional necesaria para insertarse dignamente en el mercado laboral, el acceso al sistema público de becas y ayudas, por ejemplo en materia de vivienda (artículo 9 LO 8/2000), la asistencia jurídica gratuita por insuficiencia de recursos para litigar, el derecho de reunión y manifestación (artículo 7), asociación (artículo 8) o libertad sindical y de huelga (artículo 11), para señalar sólo algunos casos, pasaron a reconocerse únicamente a los residentes, pero no para los inmigrantes irregulares. Se diferencia, por tanto, entre dos tipos de inmigrantes: el «buen inmigrante legal», al que se reconocen derechos más o menos razonables pero de muy complicado acceso, y el «mal inmigrante ilegal», al que se culpabiliza y criminaliza por su situación de ilegalidad y de vulnerabilidad, impidiéndole además salir de ella [PISARELLO, G., «Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: Del originalismo a una interpretación sistémica y evolutiva». En M.J. AÑÓN (ed.), «La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración». Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 81]. Esta contra-reforma, en especial lo relativo a la regulación de la libertad sindical y del derecho de huelga, fue contestada con un gran número de recursos de inconstitucionalidad ante el TC, interpuestos por varias Comunidades Autónomas (Andalucía, País Vasco, Castilla-La Mancha, Aragón, Extremadura, Asturias y Navarra) y por el grupo parlamentario socialista, entre el 22 y el 23 de marzo de 2001. La resolución de estos recursos de produjo en ocho sentencias, dictadas la primera en noviembre de 2007 y el resto entre el 19 y el 20 de diciembre del mismo año. Las dos sentencias más importantes por lo que al derecho de libertad sindical y huelga se refiere, fueron la STC 236/2007, de 7 de noviembre, y la STC 259/2007, de 19 de diciembre. Ambas sentencias concluyeron la inconstitucionalidad de la LO

ley, del reconocimiento a los inmigrantes irregulares del derecho de asociación (artículo 8 de la LO 4/2000).

Antes de esta reciente reforma, la ley establecía: «todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y *que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España*». Con esta disociación de titularidad y ejercicio lo que se hacía era prohibir que los inmigrantes irregulares pudieran ejercer el derecho. Sin embargo, siguiendo la jurisprudencia del TC según la cual, si bien el artículo 13.1 de la CE autoriza al legislador a fijar restricciones y límites al ámbito de los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España, esta facultad no puede entenderse como incondicionada, habida cuenta que, de entrada, no puede afectar a aquellos derechos inherentes a la persona⁽⁴⁷⁾ (entre ellos, el derecho a la libertad de asociación y el derecho de reunión y manifestación —STC 115/1987—)⁽⁴⁸⁾; el legislador ha reconocido éstos como derechos de los que los extranjeros (incluidos los irregulares) gozan en igualdad de condiciones que los españoles.

En consecuencia, el ejercicio por parte de los inmigrantes irregulares de su derecho a la libertad de asociación y de reunión y manifestación, podría ser, en la actualidad, una forma de organización y acción de éstos en el ámbito de la «ciudadanía social», para la consecución de sus fines. ¿Sería una buena forma?

Desde mi punto de vista considero que ésta no es una muy buena opción por encontrarnos ante un reconocimiento formal, pero no real, de tales derechos. A pesar del reconocimiento formal de estos derechos, en la realidad, los «sin papeles» no pueden: a) ni hacer de ellos un instrumento eficaz; b) ni ejercerlos en igualdad de condiciones que el resto de españoles.

En primer lugar no pueden hacer de ellos un instrumento eficaz por el hecho de que la utilización de la vía extra-institucional de influencia sobre el poder es una vía útil y eficaz para los «fuertes jurídicamente», pero no para los «débiles jurídicamente». Es bien conocido cómo importantes grupos de presión como la ERT⁽⁴⁹⁾, a través de fijar claramente

8/2000 en su regulación de los derechos citados (BAYLOS, A., *Inmigración y derechos sindicales*, ob. cit., pp. 44-45). Con posterioridad, la ley ha sufrido otras reformas a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre; la LO 14/2003, de 20 de noviembre; y, por último, la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

(47) Al hablar de derechos inherentes a la persona el Tribunal Constitucional se refiere a «aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1, CE, constituye fundamento del orden político español... (y), adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales... pues una cosa es autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales». (Ver, STC 242/1994, FJ 4. SSTC relacionadas: 99/1985, FJ 2; 115/1987, FJ 3; 107/1984, FJ 3; y 99/1985, FJ 2).

(48) Conjuntamente con éstos el TC ha declarado, también, como derechos inherentes a la dignidad humana de la persona algunos otros como: el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 11/1983, 107/1984, 144/1990, 116/1993), el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la libertad ideológica y a la intimidad (STC 107/1984, FJ 3) y el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990).

(49) La European Round Table (ERT) es un lobby o grupo de presión, creado en 1983, que agrupa los presidentes de las 50 principales empresas multinacionales de Europa (Telefónica, Iberdrola, Unilever, Renault, Nokia, Bayer, Pirelli, etc.). Se trata de empresas que tienen una facturación conjunta de más de 950.000 millones de euros (cifra que equivale al 60% de la producción industrial del continente) y dan trabajo a más de 4 millones de trabajadores. El presupuesto de algunas de las empresas es similar al PIB de los Estados europeos.

III. «CONSTITUCIÓN DEL TRABAJO» E INMIGRACIÓN IRREGULAR

sus prioridades⁽⁵⁰⁾ y la celebración de reuniones periódicas con los altos representantes de la UE y los gobiernos de los Estados miembros⁽⁵¹⁾, logran, por vía extra-institucional, una gran influencia en la toma de decisiones. Pero, sin embargo, difícilmente una simple asociación de ciudadanos, seguramente, con fuertes deficiencias organizativas e incapacidad de lograr procesos de toma de decisiones conjuntas, podrá, ni siquiera, hacer llegar sus demandas a ninguna instancia de poder y, mucho menos, influir en él.

En segundo lugar, no pueden ejercerlos en igualdad de condiciones que el resto de españoles:

- 1) Por una cuestión de ausencia de garantías o no reconocimiento de los otros derechos (indivisibilidad de los derechos): Si bien los inmigrantes irregulares pueden ejercer en igualdad de condiciones que los nacionales algunos derechos (como la libertad de asociación, reunión o manifestación) más estrechamente vinculados, según el TC, a la dignidad humana que otros, no sucede lo mismo con el resto de derechos, de los que no son titulares. Existen derechos, dice el TC, «que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos... derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros y derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio»⁽⁵²⁾. De acuerdo con el antes citado principio de indivisibilidad, difícilmente puede haber un pleno reconocimiento de un derecho si no hay, a la vez, un pleno reconocimiento de los otros. ¿Puede haber un pleno reconocimiento del derecho de manifestación, si los manifestantes no tienen garantías reales de que no van a ser disueltos, identificados sin motivo, detenidos y encerrados, sin necesidad de sentencia judicial, en un centro de internamiento para inmigrantes durante más de 12 meses (como permite la Directiva del Retorno)? El reconocimiento aislado de los derechos de asociación, reunión y manifestación para los inmigrantes irregulares, sin reconocimiento paralelo de otros derechos, no permite una equiparación de su ejercicio con los nacionales.
- 2) Por una cuestión sociológica: la criminalización del inmigrante clandestino alrededor del cual se ha construido una imagen de sospechoso de comisión de delitos, dificulta que su ejercicio de los derechos de asociación, reunión y manifestación sea percibida socialmente como el ejercicio legítimo de un derecho constitucional, sino como un acto de imposición de sus intereses en un territorio que no le es pro-

(50) Los miembros de la ERT se encuentran en una sesión plenaria dos veces al año donde se determina, por consenso, los ejes donde convergen los intereses comunes. Luego se crean comisiones que se encargan de elaborar informes sobre temas como la educación, el medio ambiente, la competitividad, o los impuestos en marco comunitario.

(51) El lobby tiene reuniones periódicas, para presentar sus puntos, con la Comisión europea, el Consejo europeo y el Parlamento europeo. Asimismo, tiene una reunión cada 6 meses con la presidencia europea. Paralelamente, a nivel estatal, cada miembro de la ERT tiene el compromiso de reunirse con el gobierno de su país, el parlamento, otros empresarios y con los distintos creadores de opinión pública (como la prensa), para poner sobre la mesa cuáles son sus inquietudes e intereses (sobre ello, ver, MAXÉ, V. y MIRÓ, X., «Qui governa Europa? L'ERT el grup de pressió més influent de la UE», *Revista Opcions*, CRIC, núm. 2, 2002).

(52) BATISTA JIMÉNEZ, F., «La eficacia del valor dignidad de la persona en el sistema jurídico español». *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 11, 2004, pp. 31-34.

pio. La no legitimidad social de una protesta lleva implícito una creencia común de «inmoralidad» del acto. Al divorciar un derecho positivo de su raíz ético-moral, el primero deja de tener sentido.

Así pues, de todo ello deducimos que las posibilidades de lucha de los inmigrantes ilegales en el espacio de la «ciudadanía social», a pesar del reconocimiento de su derecho a la libertad de asociación, reunión y manifestación, son limitadas, por una razón muy sencilla: lo que en este ámbito «social» sucede no es una des-nacionalización de la ciudadanía —social— (la identificación ciudadanía-derechos/nacionalidad continúa existiendo), sino determinadas excepciones a la norma general (reconocimiento a los inmigrantes de algunos derechos vinculados a la dignidad), y por tanto, el inmigrante no logra despojarse, a pesar de poder ejercer determinados derechos, de su condición de extranjero ni de la desigualdad en la capacidad de reivindicación derivada de tal condición.

No obstante, la cosa cambia si nos ubicamos en el espacio de la «ciudadanía laboral».

2. Ciudadanía laboral y derechos colectivos del trabajo

Existe un sector dentro del iuslaboralismo español⁽⁵³⁾, que defiende cómo, a diferencia del resto de ramas del Derecho, el Derecho del trabajo supone o permite, en cuanto ordenamiento de tutela de las condiciones laborales y las situaciones que afectan al estatus jurídico del inmigrante, una «des-nacionalización» de la noción de ciudadanía, la cual ya no significa, en este ámbito, la pertenencia a una comunidad política nacional organizada en un Estado, sino que ésta se deriva de la sola condición de «trabajador»⁽⁵⁴⁾.

En consecuencia, el trabajo ofrece un ámbito de igualación o un universalismo igualitario respecto de los derechos derivados o vinculados al contrato de trabajo y respecto de los que se deducen de la condición de trabajador en cuanto clase subalterna, que constituye un peculiar tipo de ciudadanía desde la que los inmigrantes (sin papeles) pueden ejercer su lucha, por la regularización y por sus derechos, desde una posición de igualdad jurídica con respecto a los trabajadores nacionales⁽⁵⁵⁾.

La Ley de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero), que sustituyó la legislación de los 80⁽⁵⁶⁾, establece, en el artículo 11, un principio de realidad según el cual el hecho de trabajar no admite diferencias en razón de la nacionalidad, porque de la materialidad del trabajo realizado se deduce el goce de todos los derechos derivados del trabajo. Así pues, de acuerdo con esto, los inmigrantes, independientemente de su situación de regularidad o

(53) Uno de sus máximos representantes es, seguramente, Antonio Baylos Grau, Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Castilla La Mancha.

(54) RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «El derecho del trabajo y los inmigrantes comunitarios». Citado por BAYLOS, A., *Inmigración y derechos sindicales*, ob. cit., p. 18.

(55) BAYLOS, A., *Inmigración y derechos sindicales*, ob. cit., p. 18.

(56) En la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, el «derecho al trabajo» se vinculaba a la posesión de permiso de residencia. Además, sólo los extranjeros residentes con trabajo, podían afiliarse a un sindicato «español» (no podían crear sus propios sindicatos) y ejercer su derecho de libertad sindical y de huelga. Como vemos, el reconocimiento de los derechos laborales no abarcaba todavía a los inmigrantes irregulares (Ver, RAMOS QUINTANA, M., *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 84-92).

III. «CONSTITUCIÓN DEL TRABAJO» E INMIGRACIÓN IRREGULAR

irregularidad, serán en España titulares de los derechos colectivos propios de la «ciudadanía laboral»: derecho de libertad sindical (artículo 28.1 CE), derecho de huelga (artículo 28.2 CE), derecho de asamblea-referéndum o de reunión (arts. 79 y 80 ET) y derecho de negociación colectiva (artículo 37.1 CE).

En consecuencia, el ejercicio por parte de los inmigrantes irregulares de su derecho a constituirse en sindicato (ya sea constituir uno propio o afiliarse a uno español) y, desde éste, ejercer los derechos colectivos del trabajo, podría ser, también, otra forma de organización y acción, aunque ahora en el ámbito de la «ciudadanía laboral», para la consecución de sus fines. Pero, ¿sería ésta una forma más eficaz que la de las posibilidades que ofrece el derecho de asociación, reunión y manifestación en el ámbito de la «ciudadanía social»?

La postura que mantengo aquí es que sí. La razón es que los dos límites existentes en el ámbito de los derechos de asociación, reunión y manifestación en el marco de la «ciudadanía social»: ineficacia de la acción reivindicativa extra-institucional de los «débiles jurídicamente» y falta de garantías reales que permitieran a los inmigrantes ejercer el derecho en igualdad de condiciones que los nacionales; son límites que pueden superarse en el marco de los citados derechos de la «ciudadanía laboral».

A) *La eficacia de la acción sindical*

Vinculados con la constitución de un sindicato aparecen unidos un conjunto de derechos-posibilidades de acción que presentan, para los sujetos «jurídicamente débiles», mucha mayor potencialidad de presión y negociación (extra-institucional e institucional), que las que presenta el derecho de asociación, reunión y manifestación en la esfera civil.

Desde el punto de vista de la capacidad de presión, podemos hacer referencia aquí a instrumentos como el derecho de huelga o la ocupación de lugares de trabajo en el contexto de un conflicto laboral.

El derecho de huelga. No cabe duda que el ejercicio individual o colectivo del derecho de huelga (que se extiende a todos los actos de desarrollo de ésta: discusión y debate de la convocatoria, información de la huelga, piquetes de huelga, etc.) es uno de los principales y más eficaces mecanismos de presión de los que disponen los «débiles jurídicamente» para conseguir los fines perseguidos⁽⁵⁷⁾. Pero, además, el elemento más importante que este mecanismo presenta para los inmigrantes irregulares es, seguramente, el hecho de que a pesar de ser un instrumento que se ejerce desde la «ciudadanía laboral» por los trabajadores, sirve también para presionar y obtener frutos de las autoridades políticas, ubicados en el campo de la «ciudadanía social». El derecho de huelga se puede ejercer:

Contra el empleador abusivo, lo cual es fundamental en los supuestos de trabajo inmigrante no autorizado, como forma de tutelar el propio interés en no soportar un trabajo prestado en términos de explotación acrecentada.

(57) La fuerza de la huelga como instrumento de presión por parte de los inmigrantes irregulares se puso de manifiesto el 1 de mayo de 2006, el día elegido por la emigración hispana en Estados Unidos para hacer patente su presencia en todos los sectores económicos y la situación de explotación en la que se encuentran. Cfr. <http://socialismandliberation.org/mag/index.php?aid=630> (citado por A. BAYLOS, *Inmigración y derechos sindicales*, ob. cit., p. 57, nota 73).

Pero puede ejercerse, también, contra las autoridades públicas, por ejemplo, para que procedan a la regularización de los inmigrantes trabajadores «sin papeles»⁽⁵⁸⁾.

El artículo 28.2 de la CE señala que los trabajadores pueden ejercer acción sindical o huelga «para la defensa de sus intereses». Esta expresión puede interpretarse de manera distinta.

Partiendo de una concepción del sindicato como «agente político»⁽⁵⁹⁾, se dice que la expresión citada no puede ser objeto de una lectura restrictiva que confine al sindicato a una actuación profesional-corporativa, sino que tiene que ser objeto de una lectura expansiva⁽⁶⁰⁾. Por tanto, el sindicato podría reivindicar un conjunto de demandas que vayan más allá de la simple reforma de las condiciones laborales, trascendiendo su acción al campo de la política general.

En cambio, partiendo de una concepción del sindicato como «agente contractual»⁽⁶¹⁾, la expresión citada reclama el apoliticismo sindical. Según esta concepción, la expresión citada expresa el hecho de que el sindicato tiene que restringir su acción y reivindicación al ámbito estrictamente económico-profesional (negociación de las condiciones laborales y precio del trabajo), pero no al ámbito político general⁽⁶²⁾ lo que contribuiría a una distorsión

(58) La referencia obligada aquí es la exitosa campaña organizada por la CGT francesa en el sector de la hostelería parisina en mayo de 2008 para «hacer emerger» a trabajadores irregulares que llevan trabajando en condiciones de normalidad largos períodos de tiempo en hoteles y restaurantes de alto nivel, forzando así la resistencia a la regularización de la que el gobierno francés y su presidente Sarkozy habían hecho una bandera ideológica y política. Cfr. <http://www.humanite.fr/Travailleurs-sans-papiers-nouvelle-vague> (citado por BAYLOS, A., *Inmigración y derechos sindicales*, ob. cit., p. 57, nota 74).

(59) Esta concepción dice que la constitucionalización de la libertad sindical significa «reconocimiento normativo de la existencia de una o varias clases subalternas frente a otra u otras dominantes y de su objetiva posición subordinada en las relaciones sociales, se delimita como el reconocimiento normativo de un interés colectivo (y contrapuesto)» (GARCÍA ABELLÁN, J., *Curso de derecho sindical*, U. de Murcia, 1984, pp. 114-115). Queda explícito en esta concepción el carácter conflictual y clasista que incorpora el reconocimiento constitucional del derecho, al que se dota expresamente de una potencialidad en torno a su incidencia global en el sistema. La función de la libertad sindical es la defensa de intereses colectivos y opuestos que afectan, en cuanto concebidos como globales, a la totalidad del orden social y adquieren virtualmente una potencialidad transformadora. Priman en esta consideración los aspectos objetivos y colectivos sobre los contenidos subjetivos e individuales (MAESTRO, G., *La Constitución del trabajo en el Estado social*, ob. cit., p. 174).

(60) A confirmar esta interpretación vendrían los artículos 129.2 y 131.2 de la CE, en especial el segundo, que constitucionaliza la intervención sindical en el ámbito de la política económica (*ibid.*, p. 177).

(61) El sindicato contractualista es un sindicato concurrencial, que contribuye a determinar en el mercado las condiciones de trabajo y precio con criterios mercantiles, mediante el control colectivo de la fuerza de trabajo. Según esta concepción, el sindicato tiene sólo un fin esencialmente económico-profesional y se constituiría como mero portavoz de intereses parciales de vendedores de fuerza de trabajo a contratar. Esta concepción del sindicato como algo que actúa sólo en la esfera de la economía, no de la política, representa una concepción ligada a la centralidad del mercado que expresa la prevalencia tanto de la dimensión privatista de sus funciones, como de los elementos individualistas de la caracterización de la libertad sindical (*ibid.* pp. 176 y 178).

(62) Esta interpretación de la libertad sindical descansa, esencialmente, en el artículo 28 de la CE, donde adquiere prevalencia los elementos individuales. Así, se entiende que este precepto constitucional reproduce casi literalmente el concepto de libertad sindical de los convenios de la Organización Internacional del trabajo (OIT) en la materia, reafirmando por la vía de apoyo del artículo 10.2 la concepción sindical profesional. La relación economía-política o actividad profesional y política del sindicato ha sido interpretada por la OIT en clave privatista-contractualista, en documentos complementarios a los convenios 87 y 98. Al respecto, ha entendido que «los Estados, sin llegar a prohibir en general toda actividad política a las organizaciones profesionales, deberían dejar a las autoridades judiciales la tarea de reprimir los abusos que puedan cometer las organizaciones que pierdan de vista su objetivo fundamental, que debe

III. «CONSTITUCIÓN DEL TRABAJO» E INMIGRACIÓN IRREGULAR

de la democracia representativa, inhabilitando su funcionamiento o introduciendo ventajas de competición que atenuarían la virtualidad del principio pluralista⁽⁶³⁾.

Ahora bien, ¿cuál de estas dos concepciones defiende el TC español? A grandes rasgos, podríamos decir que se aproxima más a la primera⁽⁶⁴⁾. Ello permite que los inmigrantes puedan utilizar la huelga como instrumento de lucha, más eficaz que la manifestación del artículo 21 de la CE o del artículo 7 de la LO 4/2000, para obtener, no sólo mejoras en sus condiciones laborales, sino también derechos propios de la «ciudadanía social», como su regularización, o incluso otros como la demanda de vivienda o habitación digna proporcionada por la empresa o las autoridades locales⁽⁶⁵⁾.

Por otro lado, tenemos la posibilidad de ocupación de lugares de trabajo en el contexto de un conflicto laboral: el trabajador inmigrante goza de los derechos de asamblea-referéndum de los artículos 79 y 80 del ET. La STC 236/2007, al analizar el reconocimiento del derecho de reunión en general de los trabajadores inmigrantes, ha entendido inconstitucional limitar este derecho a quienes no dispongan de autorización de estancia o residencia en España. Es una prescripción importante porque del derecho de asamblea o de reunión, en ejercicio conjunto con el derecho de huelga, se pueden derivar formas de acción como la ocupación de lugares de trabajo en el contexto de un conflicto laboral. Así lo ha reconocido el TC en su STC 11/1981. La ocupación de espacios es una medida de presión, por ejemplo, que los inmigrantes irregulares no pueden adoptar en el ámbito de la «ciudadanía social» (las ocupaciones de iglesias durante los citados encierros en diversas ciudades del Estado en 2000 y 2001, eran ilegales y concebidas por el gobierno como una protesta no legítima)⁽⁶⁶⁾.

ser el progreso económico y social de sus miembros» (Cita del Comité de Libertad Sindical de la OIT recogida por G. MAESTRO, *ob. cit.*, p. 179).

(63) VALDÉS DAL RE, F., «La negociación colectiva en la Constitución». En *RPS*, núm. 121, 1979, pp. 469 y ss. (citado por MAESTRO, G., *ob. cit.*, p. 179).

(64) En el caso de la Corte Costituzionale italiana, en su Sentencia 290/1974, ésta conectó la huelga política con el artículo 3.2 de la Constitución italiana y su consideración como instrumento apto para actuar la participación de los trabajadores en la organización política, económica y social del país, relacionando de esta manera el sindicato con la consideración de sujeto político con capacidad de participar en la toma de decisiones generales de la sociedad. La Corte Costituzionale italiana se aproximaba, de manera clara, con esta sentencia, a la primera de las concepciones planteadas (sindicato como agente político).

En el caso de España, la interpretación que hace el TC se aproxima, aunque no de manera tan clara como hace la Corte italiana, a la primera concepción. ¿Cómo interpreta el TC la expresión «para la defensa de sus intereses» (artículo 28.2 CE)?

La STC 11/1981, es donde el TC hace una interpretación más extensiva de los intereses de los trabajadores. El TC dice en la referida sentencia: «En este sentido amplio, la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas, o, en general, en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos» (STC 11/1981, FJ 10). Esta última frase (en cursiva) hace que el TC no restrinja la interpretación de la huelga a una «huelga contractual» sino que otorgue al derecho una configuración más amplia, permitiendo la conexión de la huelga con intereses colectivos, que tengan que ver con el ámbito profesional, y permitiendo que ésta pueda dirigirse a instancias que no son la contraparte de un contrato de trabajo. La conexión profesional determina la licitud (sobre todo ello, ver, MAESTRO, G., *La Constitución del trabajo en el Estado social*, *ob. cit.*, pp. 180, 188 y 189).

(65) Por ejemplo ese es el caso de una huelga en febrero de 2008 en la recogida de la aceituna en Jaén, en la que los temporeros sin permiso de trabajo exigían una habitación digna y mejores condiciones de habitabilidad. Cfr: <http://www.gloobal.net/iepal/gloobal/fichas/ficha> (citado por BAYLOS, A., *Inmigración y derechos sindicales*, *ob. cit.*, p. 58, nota 75).

(66) Si bien el Concordato de 1953, en su artículo 22, prohibía que la fuerza pública pudiera entrar en iglesias para realizar sus funciones, esta norma fue derogada en el Estado. Desde los Acuerdos entre España y la Santa Sede de 1979,

Y, desde el punto de vista de la capacidad de negociación. Además, de una evidente relación de causa-efecto: a mayor eficacia de las medidas de presión usadas-mayor capacidad de negociación e influencia; de la propia configuración constitucional de la libertad sindical como derecho de alcance colectivo se introduce también para el colectivo trabajadores inmigrantes el derecho de negociación colectiva, y por tanto, una forma institucionalizada de negociación e influencia que no existe en el ámbito de la «ciudadanía social».

B) Garantías reales frente a los actos de represión del empresario

Otro de los límites que hemos señalado para el caso de los derechos de asociación, reunión y manifestación en la esfera social, es que éstos no iban acompañados de garantías reales que permitieran a los inmigrantes irregulares ejercerlos en igualdad de condiciones que los nacionales.

En el ámbito de la «ciudadanía laboral» éste es, también, un límite superado. Con el objetivo de fijar mecanismos de protección al ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores inmigrantes irregulares, la Ley de extranjería (artículo 36.5) establece garantías reales frente a los actos de represalia que pudiera adoptar el empleador. Concretamente, la ley establece que la carencia de autorización de residencia y trabajo no invalidará los derechos del trabajador extranjero ni será obstáculo para la obtención por éste de las prestaciones derivadas de los convenios internacionales de protección del trabajador. Con la cual cosa, el empleador no puede amenazar al trabajador irregular con el despido u otras represalias si hace huelga, puesto que, aunque el primero trabaje de manera ilegal y no tenga autorización de trabajo o residencia, podrá ejercer judicialmente (toda persona —también en situación de irregularidad— tiene derecho a la tutela judicial efectiva), contra el empresario, sus derechos y tutela antidiscriminatoria.

Con ello, la norma legal entiende, muy acertadamente, que el hecho de que un trabajador sea empleado de forma irregular no puede ser doblemente castigado mediante la privación de los derechos que el ordenamiento establece para el trabajo por cuenta ajena, so pena de constituir un verdadero «efecto llamada» a la utilización irregular de emigrantes y a la clandestinización de las relaciones laborales en las que la mano de obra extranjera sea mayoritaria⁽⁶⁷⁾.

En resumen, la «ciudadanía laboral» es un espacio de autonomía colectiva donde se produce una «des-nacionalización» de la ciudadanía y, por tanto, permite a los trabajadores inmigrantes «sin papeles», de manera igualitaria y nivelada con los nacionales, concebirse y proyectarse como sujeto colectivo o como participante de un sujeto colectivo ya dado, y llevar a cabo la acción de reivindicación y defensa de sus derechos en el ámbito del trabajo y de la sociedad.

El sindicato y desde el sindicato es, sin duda hoy, la forma de organización-acción más eficaz para el sujeto colectivo inmigración ilegal.

el derecho de Asilo y Refugio que ofrecía la iglesia fue derogado. Esto hacía que los encierros de inmigrantes sin papeles en iglesias durante el 2001 fueran ilegales, permitiendo a la policía proceder a su desalojo (BARBERO GONZÁLEZ, I., *Hacia modelos alternativos de ciudadanía: un estudio socio-jurídico del movimiento sin papeles*, ob. cit., pp. 318-320).

(67) BAYLOS, A., *Inmigración y derechos sindicales*, ob. cit., p. 41.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

DOSSIER

EL NUEVO REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

POR PASCUAL AGUELO NAVARRO

*Abogado del ReICAZ
Presidente de la Subcomisión de Extranjería del CGAE*

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

*Catedrático Derecho Internacional Público y RRII
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES, CAUSAS Y OBJETIVOS DE LA REFORMA
 - II. LA ELABORACIÓN DEL NUEVO REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA
 - III. LÍNEAS Y OBJETIVOS GENERALES DEL NUEVO REGLAMENTO
 - IV. ÍNDICE DEL TEXTO DEL REGLAMENTO
 - V. PRINCIPALES PROPUESTAS Y NOVEDADES DEL REGLAMENTO
 - VI. APUNTES CRÍTICOS: ALGUNAS INSUFICIENCIAS Y OBJECIONES
-

I. ANTECEDENTES, CAUSAS Y OBJETIVOS DE LA REFORMA

Hace ahora algo más de dos años, el Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2008 daba el pistoletazo de salida para la reforma de la legislación de extranjería dando a conocer el Anteproyecto 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, más conocida como Ley de Extranjería.

El Proyecto de Ley Orgánica de Reforma se publicó en el BOCG de 1 de julio de 2009. Fue aprobado en el pleno del Congreso el día 29 de octubre de 2009 (BOCG 6/11/09) y, tras el Dictamen del Senado, el texto definitivo sería adoptado en el Pleno de 26 de noviembre de 2009. La publicación de la Ley Orgánica 2/2009 en el BOE se produjo el día 12 de diciembre y la entrada en vigor al día siguiente a su publicación.

Las modificaciones introducidas afectaron a todos sus Títulos; nada menos que 50 de los 71 artículos de la Ley son revisados. Además se incorporan al texto varios nuevos preceptos. Es, por tanto, la más importante reforma de las realizadas tras la aprobación de la vigente Ley de Extranjería en el año 2000.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2009 explicita las causas y objetivos de la reforma, que de forma sintética podemos resumir en las ocho siguientes:

- la incorporación de la doctrina constitucional⁽¹⁾;
- la nueva realidad migratoria, con menor afluencia de extranjeros, retornos e incluso emigración de españoles;
- el marco de derechos y libertades de los extranjeros, ampliamente completado por la STC 236/2007;
- la canalización legal y ordenada de los flujos migratorios;
- el control de la inmigración irregular y la lucha contra la inmigración ilegal;
- favorecer la integración de los inmigrantes, regulando la LO 2/2009 por primera vez tan importante cuestión;
- la adaptación a las nuevas competencias autonómicas en materia de permisos; y
- la transposición de un importante número de Directivas europeas⁽²⁾.

(1) Era obvia la necesidad de incorporar al texto legal la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional que se pronunció sobre los recursos presentados contra la anterior reforma de la Ley (LO 8/2000. Todavía se encuentra pendiente ante el TC el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento Vasco contra la LO 14/2003). Especial importancia tiene la STC 236/2007, de 7 de noviembre, en el recurso interpuesto por el Parlamento de Navarra. Al respecto, parece oportuno señalar que el texto definitivo no ha evitado posibles interpretaciones de dudosa constitucionalidad. No podemos olvidar que la LOEX en sus diversas redacciones de 1985, 2000 y 2003 ha sido la Ley Orgánica que más recursos de inconstitucionalidad ha sufrido. El TC por providencia de 14 de abril de 2010 admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad 2085-2010 promovido por el Parlamento de Navarra contra el artículo 9.2 de la LOEX, puesto que la LO 2/2009 restringía a los **extranjeros residentes** mayores de dieciocho años el derecho a acceder a las demás etapas educativas postobligatorias, contraviniendo el tenor de la STC 236/2007 y de la Convención de Derechos del Niño.

(2) Destaca asimismo la necesidad de acomodar nuestro ordenamiento jurídico a las Directivas europeas sobre inmigración pendientes de transposición, entre las que destacan la Directiva de residentes de larga duración y Directiva de retorno. Esta necesidad surge de la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre los derechos internos de sus Estados miembros, en este caso sobre el derecho español. En el capítulo de las Directivas, la exposición de motivos del Anteproyecto señala que en este momento se hallan pendientes de transposición a nuestro ordenamiento las Directivas aprobadas después del 14 de diciembre de 2003, que (en este terreno) son las siguientes:

- a) Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (*DOUE* de 6 de diciembre de 2003).
- b) Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DOUE* de 23 de enero de 2004).
- c) Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes (*DOUE* de 6 de agosto de 2004).
- d) Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (*DOUE* de 6 de agosto de 2004).
- e) Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (*DOUE* de 23 de diciembre de 2004).
- f) Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (*DOUE* de 3 de noviembre de 2005).
- g) Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (*DOUE* de 24 de diciembre de 2008).
- h) Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (*DOUE* de 18 de junio de 2009).

II. LA ELABORACIÓN DEL NUEVO REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA

La disposición final 3.^a de la LO 2/2209 fijó un plazo de seis meses para su adaptación reglamentaria. Con una buena demora, la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, Ana Terrón, presentaba el Borrador del nuevo Reglamento de Extranjería el 8 de febrero de 2011, que fue sometido a información pública e informe de organizaciones, organismos y otros departamentos.

Ese primer borrador del Proyecto de Reglamento fue informado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, por las Comunidades Autónomas y la Conferencia Sectorial de la Inmigración, el Consejo General de la Abogacía Española, el CERMI, y por diversos órganos consultivos, la Comisión Laboral Tripartita, la Comisión Interministerial de Extranjería, el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, y la Comisión Nacional de Administración Local. Han informado también, además del Ministerio proponente, los Ministerios de Ciencia e Innovación, el de Industria, Turismo y Comercio, el de Educación, el de Justicia, el de Política Territorial y Administración Pública, el de Interior y, finalmente, el de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

De las citadas aportaciones se tuvieron en cuenta, en forma total o parcial, a la hora de elaborar el texto definitivo, entre otras, las siguientes propuestas:

CUADRO I. PROPUESTAS RECOGIDAS EN EL TEXTO

CEOE-CEPYME	Arts. 65, 167 y 175
Gobierno de Canarias	Art. 187
CERMI	Art. 60.3
Foro Social de los Inmigrantes	Arts. 10, 47, 53, 54, 55, 56, 59, 61, 181, 218 y DA 23
CGAE	Arts. 15.3, 67.9, 70.4.f), 97.2 y 183.3
Ministerio de Trabajo e Inmigración	Arts. 4, 5, 15, 16, 23, 25 a 27, 32 a 36, 38 a 40, 42, 45, 51, 53, 60, 62 a 64, 67, 70, 72 a 77, 86, 87, 90, 92, 96, 97, 99, 104, 107, 110, 113, 115 a 117, 120, 128 a 132, 141, 146, 148, 149, 151, 153, 154, 158, 159 a 164, 175, 180, 181, 184 a 187, 196, 199, 207, 222, 223 y 238
Ministerio de Educación	Arts. 37 y 73
Ministerio de Justicia	Arts. 14, 22, 187 a 190, 222 y 238
Ministerio del Interior	Arts. 6.3, 145, 182 y 203

Del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública se admitieron aportaciones en las siguientes áreas: las relativas al título competencial habilitante, al cómputo de plazo, a los medios telemáticos, a la referencia a la autoridad, a la referencia a la partida de

i) Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (*DOUE* 30 de junio de 2009).

nacimiento, a la gestión informática en los procedimientos con intervención de las Comunidades Autónomas, a la decisión según la cual la solicitud de autorización de estancia por estudios se resuelva por el Delegado del Gobierno y no por las oficinas de extranjería, las referentes a la mejora de la redacción del art. 55 y a la adecuación de la regulación sobre la condición de funcionario al estatuto del empleado público.

Tratándose de un reglamento ejecutivo, para su definitiva aprobación, resultaba preceptivo asimismo el Dictamen del Consejo de Estado, que se emitió el día 7 de abril de 2011⁽³⁾. Su aprobación se produjo por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril y su publicación en el *BOE* tuvo lugar el día 30 de abril⁽⁴⁾. La norma entrará en vigor en el plazo de dos meses a partir de su publicación en el *BOE*.

III. LÍNEAS Y OBJETIVOS GENERALES DEL NUEVO REGLAMENTO

Al analizar el contenido del nuevo Reglamento Ejecutivo de la Ley de Extranjería no se puede olvidar el papel subordinado a la Ley que trata de desarrollar. El Reglamento no puede ir más allá de la ley sin trastornar con ello las bases constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico, de ahí la exigencia para su aprobación del dictamen previo del Consejo de Estado. Todos los reglamentos ejecutivos, y éste lo es, deben ser informados previamente por el Consejo de Estado.

Así pues, teniendo en cuenta las circunstancias inherentes al cambio del ciclo migratorio impuesto por la presente coyuntura socioeconómica⁽⁵⁾, el Reglamento deberá ser un instrumento esencial capaz de acomodar, dentro del mandato legal, las previsiones normativas a la nueva realidad migratoria que se pretende regular.

Además del declarado y antes citado objetivo de transposición de un importante número de Directivas, el Preámbulo del Reglamento señala «la oportunidad de clarificar, simplificar y ordenar unos procedimientos que suelen ser complejos y cuya tramitación puede mejorarse, con reordenación sistemática, simplificación; una regulación más clara de la relación entre autorizaciones y visados mejorando la gestión y la seguridad jurídica de los procedimientos de extranjería; y permitiendo la utilización de una aplicación informática común y su gestión por parte de las diversas Administraciones con competencia en la materia. Además se introducen modificaciones materiales que responden a cambios legales de la normativa comunitaria en este ámbito, y que tienen en cuenta la ya dilatada experiencia de las Oficinas de Extranjería».

Hablar de «normativa comunitaria» en 2011 constituye una clara incorrección técnica o un desconocimiento de la trascendencia y la vigencia de las normas de la Unión Europea: La Comunidad Europea (de donde sin duda procede el adjetivo) desaparecía el 1 de diciembre de 2009, al entrar en vigor el Tratado de Lisboa; en efecto, el artículo 1 del Tratado de la Unión

(3) http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2011-515.

(4) http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-7703.

(5) El Preámbulo del Reglamento señala que «la evolución del fenómeno migratorio, que ha sido una causa constante de las sucesivas reformas de la Ley Orgánica, con un descenso del número de solicitudes de entrada por motivos laborales y un aumento del número de procedimientos instados por extranjeros que se encuentran en España y que pretenden renovar o prorrogar sus autorizaciones».

Europea afirma que «la Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea». Por tanto, es necesario referirse ya al Derecho de la Unión Europea o a la normativa de la Unión Europea y abandonar ese trasnochado adjetivo, utilizado en diversas ocasiones a lo largo del texto⁽⁶⁾.

CUADRO 2. LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS

DIRECTIVAS	TRANSPOSICIÓN
Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004 , del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.	Capítulo II del Título III, dedicado a la «estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado» ⁽⁷⁾ .
Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo , relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.	Capítulo IV del Título IV, dedicado a la «residencia temporal y trabajo para investigación» ⁽⁸⁾ .
Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009 , relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.	Capítulo V del Título IV, dedicado a la «residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE» ⁽⁹⁾ .
Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004 , relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes.	Capítulos III y IV del Título V, que regulan la residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales por colaboración contra redes organizadas o que hayan sido víctimas de trata de seres humanos ⁽¹⁰⁾ .
Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003 , relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.	Título VI del Reglamento proyectado (residencia de larga duración) completa la transposición de las normas de esta Directiva ⁽¹¹⁾ . En el Título VII (extinción de las autorizaciones de residencia o de residencia y trabajo) se incorporan artículos relacionados con los mencionados títulos y capítulos, por lo que también participan en esa operación de transposición ⁽¹²⁾ .

(6) Por ejemplo, en la disposición adicional vigésima quinta, titulada «extranjeros no comunitarios empleados por las Fuerzas Armadas».

(7) Continúa la transposición de la Directiva 2004/114 que se llevó a cabo con la reforma del artículo 33 de la Ley Orgánica 4/2000. Se trata de los artículos 37-44 del Reglamento.

(8) Procede al desarrollo del artículo 38 bis de la Ley Orgánica. Regulan esta materia los artículos 73-84 del Reglamento.

(9) Desarrolla el artículo 38 ter de la Ley Orgánica. Regulan esta materia los artículos 85-96 del Reglamento.

(10) Regulan esta materia los artículos 137-139 y 140-146 del Reglamento.

(11) Regulan esta materia los artículos 147-161 del Reglamento.

(12) Regulan esta materia los artículos 162-166 del Reglamento.

Por otra parte recordaremos el **Reglamento (CE) núm. 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código Comunitario sobre Visados** (Código sobre Visados). Dada su naturaleza jurídica de Reglamento de la UE, sus normas no pueden ser incorporadas al ordenamiento español, puesto que se aplican directamente en dicho ordenamiento. No debe olvidarse que sí es frecuentemente citado, en particular, en el Título II⁽¹³⁾, que regula el «tránsito aeroportuario», y en el Título III⁽¹⁴⁾, que trata de «la estancia en España» y «visados de estancia de corta duración». En ambos casos se reconoce indudablemente la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho Español⁽¹⁵⁾.

Las líneas principales que pretendería alcanzar el nuevo Reglamento se pueden resumir en:

1. Fomentar la integración y la igualdad de derechos y deberes.

No cabe integración real sin igualdad de derechos y deberes de todas las personas, población inmigrante y autóctona, que conviven en un mismo territorio.

En este sentido, el Reglamento trata de confirmar la apuesta gubernamental, contenida en el Plan Interestatal de ciudadanía, por la convivencia, basada en los principios de igualdad, ciudadanía e interculturalidad, que debe promover la integración y la gestión de la diversidad cultural, siguiendo en buena lógica el principio de la igualdad de derechos y deberes entre población inmigrante y la autóctona.

2. Consolidar un modelo basado en la regularidad.

Deberán promoverse los flujos migratorios ordenados, evitando, al mismo tiempo, las frecuentes situaciones de irregularidad sobrevenida como consecuencia de instrumentos administrativos inadecuados o poco razonables. Normalmente esa regularidad pasa por su relación con el mercado de trabajo, aunque no siempre. El Reglamento debe garantizar un funcionamiento y una gestión correcta de los procedimientos de las autorizaciones de residencia y trabajo.

Se pretende mejorar la información y tener en cuenta las posibilidades de cubrir las ofertas de empleo con trabajadores que ya se encuentran en el mercado de trabajo nacional y que podrían satisfacerlas con actuaciones formativas promovidas por los servicios públicos de empleo. La consideración de la situación nacional de empleo también se ha tenido en consideración en la regulación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de duración determinada y en la gestión colectiva de contrataciones en origen, materias en las cuales se han introducido mecanismos que pretenden evitar la sustitución de mano de obra que ya existe en el mercado laboral.

(13) Regulan esta materia los artículos 25-27 del Reglamento.

(14) Regulan esta materia los artículos 28-44 del Reglamento.

(15) Por ejemplo, en el art. 26.1, del Reglamento, se lee: «El régimen de exigencia de visado de tránsito aeroportuario será el establecido por el Derecho de la Unión Europea»; o el art. 34.1, donde se afirma: «La prórroga de un visado expedido se llevará a cabo según lo establecido en el Derecho de la Unión Europea».

3. Fortalecer la colaboración con las administraciones locales y regionales.

Se debe reconocer el potencial de las CCAA en las cuestiones relacionadas con la integración; ha de reconocerse asimismo el papel de los entes locales en ámbitos como el arraigo, la reagrupación familiar y la renovación de las autorizaciones de residencia, tal y como prevé la Ley. Por ello, es necesario mejorar los mecanismos de colaboración estables y operativos, así como fortalecer los ya existentes. En este sentido, la Conferencia Sectorial debe convertirse en el escenario clave que propicie el intercambio de información y el diálogo, permitiendo que (a través de sus informes) puedan participar en los procedimientos que corresponde resolver a la Administración General del Estado.

4. La inclusión de mecanismos para fomentar y garantizar la movilidad.

Es preciso avanzar en procedimientos que permitan a la gente que así lo desea buscar oportunidades fuera de nuestro país, sabiendo que en cuanto quiera volver aquí, su contador de derechos no estará a cero. Igualmente resulta necesario fortalecer los mecanismos que den impulso a las políticas de retorno voluntario para adaptarlas a las nuevas necesidades de la realidad migratoria y para dar respuesta a las aspiraciones individuales y colectivas de los inmigrantes. El retorno productivo (desarrollado mediante planes de movilidad laboral) constituye una opción más que debe facilitarse, promoviendo su eficacia en línea con las orientaciones de la Unión Europea.

Se trataría así de dar respuesta al fenómeno creciente de las migraciones circulares, así como potenciar la venida de investigadores y personal altamente cualificado, regulando los flujos laborales que afectan a actividades en que concurren razones de interés económico, social o laboral, o a actividades docentes, de investigación o artísticas. Finalmente, el Reglamento proporciona rigor, transparencia y objetividad a los procedimientos de extranjería.

Consideramos que estas iniciativas deben tener una vocación de permanencia y no ser sometidas al vaivén de los cambios electorales. La permanencia deriva de la importancia de las mismas, puesto que representan una ampliación de las posibilidades de los inmigrantes en sus proyectos personales y también abren cauces para garantizar una movilidad ordenada de los trabajadores inmigrantes que sea provechosa para el país de acogida y el de origen. El objetivo debe ser coordinar las políticas de retorno con programas e iniciativas que faciliten la inserción de los retornados y favorezcan al tiempo el desarrollo económico de estos países; en otras palabras, estamos ante un objetivo directamente ligado al Derecho al Desarrollo.

5. La simplificación de los trámites burocráticos.

El Reglamento pretende normalizar la gestión de la extranjería, facilitando que los trámites y procedimientos de residencia y trabajo sean lo menos engorrosos posible. En esta dirección, el Reglamento debe simplificar la normativa y dotarla de mayores dosis de claridad y seguridad jurídica; además, habrá de estructurar los procedimientos, garantizando la coherencia de las actuaciones de las diversas Administraciones, e integrar plenamente las nuevas tecnologías en los procedimientos. Especial atención habrá que prestar a la mejora

al acceso al territorio de España por la vía de la reagrupación familiar, para convertirla en una vía privilegiada ante otras excepcionales como el arraigo social.

El Reglamento trata de construir todo ello valiéndose de dos vías: unas previsiones más detalladas y concretas que disminuyen el reenvío a otras normas y la introducción de las nuevas tecnologías en los procedimientos regulados; ambas vías constituyen novedades que contribuirán sin duda a mejorar la gestión y, con ello, a cubrir las necesidades de todos los diversos agentes que actúan en el ámbito de la extranjería.

IV. ÍNDICE DEL TEXTO DEL REGLAMENTO

El Reglamento consta de 15 Títulos, distribuidos en 266 artículos, y 25 disposiciones adicionales.

Título I. Régimen de entrada y salida de territorio español (art. 1 a 24).

- Capítulo I. Puestos de entrada y salida (arts. 1 a 3).
- Capítulo II. Entrada: requisitos y prohibiciones (arts. 4 a 18).
- Capítulo III. Salidas: requisitos y prohibiciones (arts. 19 a 22).
- Capítulo IV. Devolución y salidas obligatorias (arts. 23 y 24).

Título II. Tránsito aeroportuario (arts. 25 a 27).

Título III. La estancia en España (arts. 28 a 44).

- Capítulo I. Estancia de corta duración (arts. 28 a 36).
- Capítulo II. Estancia por estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (arts. 36 a 44).

Título IV. Residencia temporal (arts. 45 a 122).

- Capítulo I. Residencia temporal no lucrativa (arts. 46 a 51).
- Capítulo II. Residencia temporal por reagrupación familiar (arts. 52 a 61).
- Capítulo III. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (arts. 62 a 72).
- Capítulo IV. Residencia temporal y trabajo para investigación (arts. 73 a 84).
- Capítulo V. Residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE (arts. 85 a 96).
- Capítulo VI. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada (arts. 97 a 102).
- Capítulo VII. Residencia temporal y trabajo por cuenta propia (arts. 103 a 109).
- Capítulo VIII. Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios (arts. 110 a 116).
- Capítulo IX. Residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo (arts. 117 a 119).

Capítulo X. Residencia temporal del extranjero acogido a un programa de retorno voluntario (arts. 120 a 122).

Título V. Residencia por circunstancias excepcionales (arts. 123 a 146).

Capítulo I. Residencia por circunstancias excepcionales por arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público (arts. 123 a 130).

Capítulo II. Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género (arts. 131 a 134).

Capítulo III. Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales por colaboración contra redes organizadas (arts. 135 a 139).

Capítulo IV. Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de la trata de seres humanos (arts. 140 a 146).

Título VI. Residencia de larga duración (arts. 147 a 161).

Capítulo I. Residencia de larga duración (arts. 147 a 150).

Capítulo II. Residencia de larga duración-CE (arts. 151 a 154).

Capítulo III. Movilidad del residente de larga duración-CE en otro Estado miembro (arts. 155 a 157).

Capítulo IV. Recuperación de la titularidad de una residencia de larga duración (arts. 158 a 161).

Título VII. Extinción de las autorizaciones de residencia o de residencia y trabajo (arts. 162 a 166).

Título VIII. Gestión colectiva de contrataciones en origen (arts. 167 a 177).

Título IX. Procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación o desarrollo o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural (arts. 178 a 181).

Título X. Trabajadores transfronterizos (arts. 182 a 184).

Título XI. Menores extranjeros (arts. 185 a 198).

Capítulo I. Residencia del hijo de residente legal (arts. 185 y 186).

Capítulo II. Desplazamiento temporal de menores extranjeros (arts. 187 y 188).

Capítulo III. Menores extranjeros no acompañados (arts. 189 a 198).

Título XII. Modificación de las situaciones de los extranjeros en España (arts. 199 a 204).

Título XIII. Documentación de los extranjeros (arts. 205 a 215).

Capítulo I. Derechos y deberes relativos a la documentación (arts. 205 y 206).

Capítulo II. Acreditación de la situación de los extranjeros en España (arts. 207 a 210).

Capítulo III. Indocumentados (arts. 211 y 212).

Capítulo IV. Registro Central de Extranjeros (arts. 213 y 214).

Capítulo V. Registro de menores extranjeros no acompañados (art. 215).

Título XIV. Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador. (arts. 216 a 258).

Capítulo I. Normas comunes del procedimiento sancionador (arts. 216 a 225).

Capítulo II. Modalidades de tramitación del procedimiento sancionador (arts. 226 a 241).

Capítulo III. Aspectos específicos en los procedimientos sancionadores para la imposición de las infracciones de expulsión y multa (arts. 242 a 252).

Capítulo IV. Infracciones y sanciones en el orden social y vigilancia laboral (arts. 253 a 254).

Capítulo V. Infracciones, sanciones y obligación de su comunicación interorgánica (arts. 255 a 257).

Capítulo VI. Ingreso en Centros de internamiento de extranjeros (art. 258).

Título XV. Oficinas de extranjería y centros de migraciones (arts. 259 a 266).

Capítulo I. Las Oficinas de Extranjería (arts. 259 a 263).

Capítulo II. Los Centros de migraciones (arts. 264 a 266).

DISPOSICIONES ADICIONALES

Disposición adicional primera. Atribución de competencias en materia de informes, resoluciones y sanciones.

Disposición adicional segunda. Normativa aplicable a los procedimientos.

Disposición adicional tercera. Lugares de presentación de las solicitudes.

Disposición adicional cuarta. Práctica de la notificación por medios electrónicos.

Disposición adicional quinta. El Tablón Edictal de Resoluciones de extranjería.

Disposición adicional sexta. Aplicación informática para la tramitación de procedimientos.

Disposición adicional séptima. Gestión informática en los procedimientos con intervención de las Comunidades Autónomas.

Disposición adicional octava. Legitimación y representación.

Disposición adicional novena. Normas comunes para la resolución de visados.

Disposición adicional décima. Procedimiento en materia de visados.

Disposición adicional undécima. Exigencia, normativa y convenios en materia sanitaria.

Disposición adicional duodécima. Plazos de resolución de los procedimientos.

Disposición adicional decimotercera. Silencio administrativo.

Disposición adicional decimocuarta. Recursos.

- Disposición adicional decimoquinta. Cobertura de puestos de confianza.
- Disposición adicional decimosexta. Cotización por la contingencia de desempleo.
- Disposición adicional decimoséptima. Informes policiales.
- Disposición adicional decimoctava. Tasas por tramitación de procedimientos.
- Disposición adicional decimonovena. Entidades acreditadas para impartir formación a reconocer en los informes sobre esfuerzo de integración.
- Disposición adicional vigésima. Desconcentración de la competencia de cierre de puestos habilitados.
- Disposición adicional vigésimo primera. Autorización de trabajo de los extranjeros solicitantes de protección internacional.
- Disposición adicional vigésimo segunda. Representantes de las organizaciones empresariales en el extranjero.
- Disposición adicional vigésimo tercera. Facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- Disposición adicional vigésimo cuarta. Legislación en materia de protección internacional.
- Disposición adicional vigésimo quinta. Extranjeros no comunitarios empleados por las Fuerzas Armadas.

V. PRINCIPALES PROPUESTAS Y NOVEDADES DEL REGLAMENTO

Para su mejor comprensión, se especifican las propuestas y novedades de manera sistemática, sin perjuicio de las llamadas que, en determinadas cuestiones, se establecen con carácter transversal en todo el reglamento.

TÍTULO I. RÉGIMEN DE ENTRADA Y SALIDA DE TERRITORIO ESPAÑOL	
Art. 5	Autorización de regreso. Se regula con mayor detalle la autorización de regreso, reglamentando criterios que ya venían dándose en la práctica (por ejemplo, en los supuestos de pérdida, extravío o sustracción), así como su período de vigencia.
Art. 8	Justificación del motivo del viaje a España: Por un lado, se refuerza la exigibilidad de la carta de invitación, aun cuando «en ningún caso, la carta de invitación suplirá la acreditación por el extranjero de los demás requisitos exigidos para la entrada». Por otra parte, el documento justificativo de la existencia del lugar de hospedaje a disposición del extranjero contendrá la información relativa a si el alojamiento supone o no la cobertura de toda o parte de su manutención.

<p>Arts. 14 y 21.4</p>	<p>Registro de la entrada y salida en el territorio español. De acuerdo con el contenido de la LOEX (art. 25.5), se establece la posibilidad de registrar las entradas y salidas de los extranjeros del territorio nacional, a los efectos del control del período de su permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.</p>
<p>Art. 15</p>	<p>Denegación de entrada. Se evita la palabra «detención» que sí se contenía en el primer Borrador, hablando ahora de «limitación de la libertad deambulatoria» de un extranjero a efectos de proceder a su regreso y las condiciones y finalidad de su permanencia en las instalaciones del puesto fronterizo; asimismo se señalan una serie de dotaciones que deberán tener las instalaciones⁽¹⁶⁾.</p>
<p>Art. 15.1</p>	<p>Asistencia jurídica. El texto definitivo suprime la exigencia de la doble solicitud del reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita. Se señala que la información, que se proporcionará tan pronto se inicie el procedimiento administrativo, hará expresa mención a la necesidad de presentar la oportuna solicitud en los términos previstos en las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita para el ejercicio de éste en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía jurisdiccional contencioso-administrativa, de conformidad con el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.</p>
<p>Art. 23</p>	<p>Devoluciones y salidas obligatorias. Se incorpora un nuevo Capítulo IV, relativo a las devoluciones y salidas obligatorias (recogiendo en parte el antiguo Título XII del Reglamento actual), reconociendo el carácter sancionador de las primeras, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y aplicando por consiguiente el pertinente criterio de prescripción (art. 23.7). Se contempla la posible revocación de las resoluciones de devolución no ejecutadas en el marco de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales; al tratarse de una revocación, si el órgano competente para resolver sobre la solicitud de autorización no fuera el mismo que dictó la resolución de devolución a revocar, instará de oficio su revocación al órgano competente para ello (art. 23.8).</p>
<p>Art. 23.4</p>	<p>Asistencia jurídica. A los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, si durante la situación de privación de libertad el extranjero manifestase su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de devolución una vez agotada la vía administrativa, el Delegado o el Subdelegado del Gobierno o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, lo hará constar en acta que se incorporará al expediente.</p>
<p>Art. 23.7</p>	<p>El plazo de prescripción de la resolución de devolución acordada en aplicación del apartado a) del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada reiniciado.</p>

(16) Pese a ello, el artículo 60 de la LOEX que regula los efectos de la denegación de entrada en su apartado 4, define como detención la situación del extranjero a efectos de proceder al regreso a consecuencia de la denegación de entrada.

TÍTULO II. TRÁNSITO AEROPORTUARIO	
Arts. 25 a 27	Se incorporan las modificaciones fruto de la aplicación del Derecho de la Unión Europea y en particular del Código Comunitario de Visados, aprobado por el Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009. Tanto el régimen de exigencia de este visado como el procedimiento y las condiciones para su expedición se regulan en el Derecho de la UE ⁽¹⁷⁾ .

TÍTULO III. ESTANCIA EN ESPAÑA	
Art. 29	<p>Visados de estancia de corta duración. Se incorporan las reformas de los diferentes tipos de visado de corta duración derivadas del Código Comunitario de Visados, revisando el procedimiento y condiciones para la expedición de los visados, en particular la posibilidad excepcional de expedición de visados en fronteras exteriores.</p> <p>Visados de búsqueda de empleo. Únicamente en los supuestos previstos en el artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el visado de estancia autorizará al titular para buscar empleo y solicitar la autorización de residencia y trabajo en España durante su vigencia en los términos y condiciones establecidos en este Reglamento, que el Ministerio de Trabajo e Inmigración completará mediante Orden al respecto.</p>

CAPÍTULO II. AUTORIZACIÓN DE ESTANCIA POR ESTUDIO, INTERCAMBIO DE ALUMNOS, PRÁCTICAS NO LABORALES O SERVICIOS DE VOLUNTARIADO	
Se incorpora un nuevo Capítulo II relativo a estancias por estudios, de investigación o formación, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, como consecuencia de lo dispuesto en la Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre, del Consejo. Incluye expresamente los estudios de bachillerato [artículo 37.1.º c), mediante un programa de movilidad de alumnos].	
Art. 38	Visado de estudios. Se concretan los requisitos para obtener el visado de estudios, tanto los que ha de valorar la Misión diplomática o la Oficina consular como los que deberá valorar la Oficina de Extranjeros. Además se da una nueva redacción más simplificada de las normas de procedimiento.
Art. 40	Prórroga de estancia por estudios. Se amplía a 90 días posteriores a la caducidad el plazo para solicitar la prórroga de estancia por estudios (art. 40), evitándose así disfunciones (por ejemplo, en la denegación de prórrogas al finalizar los estudios por coincidir este final con el de la estancia vigente).
Art. 42	Actividades por cuenta propia. Se contempla expresamente la posibilidad de realizar actividades por cuenta propia y ciertas excepciones a las limitaciones geográficas impuestas por la realización de los estudios (art. 42.3); también se norma el régimen especial de los estudios de especialización en el ámbito sanitario (art. 43) y se regula la movilidad dentro de la Unión Europea (art. 44).

(17) Ver párrafo 1 de los artículos 26 y 27, respectivamente.

TÍTULO IV. RESIDENCIA TEMPORAL	
<p>Este título presenta profundas novedades tanto como consecuencia de la reforma de la propia Ley Orgánica 4/2000 como por la aplicación de determinadas Directivas de la Unión Europea. Se realiza una clasificación más detallada de las posibles situaciones de residencia temporal:</p>	
CAPÍTULO I. RESIDENCIA TEMPORAL NO LUCRATIVA	
Arts. 46 y 47	<p>Se fijan con precisión los requisitos y medios económicos a acreditar por el extranjero, aplicando diferentes tramos de porcentajes sobre el IPREM, actualizado anualmente por el Ministerio de Economía y Hacienda. 400% del IPREM para el titular; más 100% por cada familiar.</p>
Art. 48	<p>El procedimiento sufre una profunda revisión homogeneizadora de los documentos a acompañar; esta revisión se puede considerar asimismo como clarificadora de las competencias revisoras de la Delegación o Subdelegación del Gobierno y de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares</p>
Art. 51.4	<p>Renovación. En caso de que a partir de la documentación presentada junto a la solicitud no quede acreditada la escolarización de los menores en edad de escolarización obligatoria que estén a cargo del solicitante, la Oficina de Extranjería pondrá esta circunstancia en conocimiento de las autoridades educativas competentes, y advertirá expresamente y por escrito al extranjero solicitante de que en caso de no producirse la escolarización y presentarse el correspondiente informe en el plazo de 30 días, la autorización no será renovada.</p>
Art. 51.6	<p>El esfuerzo de integración. Se contempla el esfuerzo de integración como elemento a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización. Deberá constar en positivo mediante un Informe de la Administración autonómica competente. Se regula el contenido mínimo que deberán tener los informes (art. 51.6). Se configura a ese informe autonómico positivo de integración como un elemento que puede atemperar el rigor de algunos de los requisitos exigidos para ciertas renovaciones.</p> <p>Contenido del informe. El informe tendrá como contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia⁽¹⁸⁾. En este sentido, la certificación hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados. El informe tendrá en consideración las acciones formativas desarrolladas por entidades privadas debidamente acreditadas o por entidades públicas.</p>

(18) Para el Consejo de Estado, «la exigencia del aprendizaje del conjunto de las lenguas oficiales ha de situarse en el contexto de la unidad del mercado laboral español y europeo, de modo que lo que ha de asegurarse es un cierto aprendizaje y utilización, pero no su conocimiento y dominio».

CAPÍTULO II. RESIDENCIA TEMPORAL POR REAGRUPACIÓN FAMILIAR	
Art. 53	Se incluye la pareja de hecho como supuesto que da lugar a la reagrupación familiar, tal y como ordena la Ley Orgánica. Su acreditación podrá realizarse tanto a través de Registros públicos como a través de otros medios de prueba, preferentemente de carácter público.
Art. 53.e)	Se concretan las razones de carácter humanitario que motivarán que el ascendiente menor de 65 años pueda acceder a la reagrupación familiar: que forme parte de la familia ya constituida en origen; que no sea objetivamente capaz de proveerse por sí mismo; que esté declarado incapaz y la tutela esté atribuida al reagrupante; que sea cónyuge de otro ascendiente mayor de 65 años que vaya a ser reagrupado ⁽¹⁹⁾ .
Art. 54	<p>Medios económicos: Se especifican objetivamente los medios económicos a acreditar para considerarse suficientes a efectos de la reagrupación con base en el IPREM; 2 miembros: 150% IPREM; Si hay más de 2 personas se añadirá un 50% IPREM por cada miembro adicional.</p> <p>Expresamente se refiere a la acreditación de la posibilidad efectiva de disposición de los medios económicos tomando en consideración la perspectiva de mantenimiento de una fuente de ingresos en el año inmediatamente posterior a la presentación de la solicitud de autorización.</p> <p>La cuantía podrá ser minorada excepcionalmente cuando el reagrupable sea menor de edad. Y se contempla la posibilidad de contabilizar los ingresos de familiares en línea directa en primer grado, residentes en España y que convivan con el reagrupante. No serán computables a estos efectos los ingresos provenientes del sistema de asistencia social, pero sí los aportados por el cónyuge o pareja del extranjero reagrupante, así como por otro familiar en línea directa en primer grado, con condición de residente en España y que conviva con éste.</p>
Art. 55	Se garantiza la prevalencia de los informes de la Comunidad Autónoma a efectos de adecuación de la vivienda. Se establecen los supuestos en los que cabrá el informe del Ayuntamiento cuando así haya sido establecido por la CA y siempre que haya sido puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y de Emigración (art. 55.3). El informe en todo caso deberá emitirse en el plazo máximo de 30 días desde su solicitud. En caso de que el informe no haya sido emitido en plazo, circunstancia que habrá de ser debidamente acreditada por el interesado, podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba admitido en derecho.
Art. 56	Procedimiento para la autorización de residencia por reagrupación familiar. Como en los restantes procedimientos, éste también se somete a una profunda revisión; lo mismo puede afirmarse del procedimiento de renovación de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar (art. 61).
Art. 58.4	Trabajo del familiar reagrupado. La autorización de residencia por reagrupación familiar del cónyuge, la pareja de hecho o el hijo reagrupado habilitará a su titular a trabajar, siempre que sea mayor de edad laboral, sin necesidad de realizar ningún trámite administrativo. Dicha autorización les habilita para trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier parte del territorio español, ocupación o sector de actividad.

(19) En algunos materiales de trabajo previos al Borrador de Reglamento se barajó la posibilidad de incluir como motivo «que su presencia sea imprescindible para la conciliación de la vida personal y laboral del reagrupante».

Art. 59	La residencia independiente. Se regula con mayor detalle la residencia de los familiares reagrupados, independiente del reagrupante, contemplando la posibilidad de contar con uno o varios contratos de trabajo de duración mínima de un año. Asimismo se explicita que la autorización independiente tendrá la duración que corresponda, en función del tiempo previo de vigencia de la situación de residencia por reagrupación familiar. En todo caso, la autorización independiente tendrá una vigencia mínima de un año. El reagrupado/a consigue residencia independiente en tres supuestos: Cuando se rompa el vínculo conyugal, se produzca la muerte del reagrupante o exista violencia de género.
Art. 59.2	La residencia independiente de víctima de violencia de género. Esta última hipótesis se dará cuando una mujer fuera víctima de violencia de género, una vez dictada a su favor una orden judicial de protección o, en su defecto, cuando exista un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Este supuesto será igualmente de aplicación cuando fuera víctima de un delito por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, una vez que exista una orden judicial de protección a favor de la víctima o, en su defecto, un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de conducta violenta ejercida en el entorno familiar. Por otro lado, cuando, además del cónyuge o pareja, se haya reagrupado a otros familiares, éstos conservarán la autorización de residencia concedida. La tramitación de las solicitudes presentadas al amparo de este apartado tendrá carácter preferente y la duración de la autorización de residencia y trabajo independiente será de cinco años.
Art. 61.6	Renovación de autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar. Los antecedentes penales. Se contempla la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que hubieran sido indultados o se hallasen en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena.
Art. 61.7	Esfuerzo de integración. Igualmente se valorará el esfuerzo de integración del extranjero acreditado mediante el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia.

CAPÍTULO III. RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA	
Art. 63	El visado. La autorización se condiciona a la obtención del correspondiente visado, la entrada en España y el ser dado de alta en la Seguridad Social dentro del plazo de vigencia del visado.
Art. 63.5	Ámbito autonómico. Se modifica el ámbito geográfico de limitación de la autorización inicial de trabajo, posibilitando, en aras de propiciar la movilidad, que en aquellas Comunidades Autónomas que tuvieran reconocidas competencias en la materia el ámbito geográfico pueda ser el autonómico.

Art. 64	El contrato de trabajo. Deberá aportarse un contrato de trabajo firmado por el trabajador y por el mismo empleador y que garantice al trabajador una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. En el caso de que la contratación fuera a tiempo parcial, la retribución deberá ser igual o superior al salario mínimo interprofesional para jornada completa y en cómputo anual.
Art. 64.3.f)	Requisitos. Se exige (entre otras cosas) que el trabajador tenga la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión.
Art. 65	Se configura un nuevo marco de determinación de la situación nacional de empleo , valorándose a escala autonómica en vez de a escala provincial. En las tres provincias insulares, el catálogo podrá establecerse para cada isla o agrupación de ellas. Se establecen nuevas pautas en la elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura , que trascienden igualmente a los certificados sobre insuficiencia de mano de obra disponible.
Art. 66	Se regulan los medios económicos, materiales y personales a acreditar por el empleador para determinar si puede asumir las obligaciones del contrato. Se utiliza el IPREM como herramienta de carácter objetivo. En el caso de empleador, persona física, se parte de 100% del IPREM cuando se trata de una sola persona; 200% en el caso de unidades familiares con dos miembros y se incrementará en un 50% por cada miembro adicional. Los ingresos a contabilizar serán la suma de los que cuente cada una de las personas que integran la unidad familiar.
Art. 67.8 y 9	Eficacia condicionada de la autorización. La autorización, por tanto, no tendrá eficacia si no se produce el alta del trabajador en Seguridad Social durante los tres meses de vigencia del visado [artículo 25bis.d) de la LO]. Se establecen las condiciones en las que, en el caso de que el alta no se produzca por razones ajenas al trabajador extranjero, será admisible el alta por un empleador distinto al que solicitó la autorización. Sustitución de empleador. En caso de fallecimiento del empleador o de desaparición del empleador que tenga la condición de empresa, el trabajador podrá ser dado de alta por otro empleador, previa realización de las actuaciones previstas en este apartado y siempre que ésta se produzca dentro de los dos meses desde su entrada legal en España. En caso de que el empleador que solicitó la autorización inicial comunique a la Oficina de Extranjería, en el plazo de 15 días desde que el extranjero entró en territorio español, la no posibilidad de inicio de la relación laboral, dicha comunicación supondrá la apertura de un plazo de cuarenta y cinco días en el cual un segundo empleador interesado en iniciar una relación laboral con el trabajador extranjero podrá dirigirse a dicha Oficina de Extranjería. Se regula de forma detallada el procedimiento en estos casos.
Art. 69	Los informes policiales desfavorables deberán ser valorados por el órgano competente para resolver las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena.
Art. 70	Se objetivan los supuestos en que la misión diplomática u oficina consular podrá denegar la solicitud del visado.

<p>Art. 70.7</p>	<p>El alta en Seguridad Social. Efectos. En el plazo de tres meses desde la entrada del trabajador extranjero en territorio español, deberá producirse su afiliación, alta y posterior cotización, en los términos establecidos por la normativa sobre el régimen de Seguridad Social que resulte de aplicación; el trabajador podrá comenzar su actividad laboral; y el empleador quedará obligado a comunicar el contenido del contrato de trabajo a los Servicios Públicos de Empleo. El alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social dotará de eficacia a la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.</p>
<p>Art. 70.8 y 9</p>	<p>La Tarjeta de Identidad de Extranjero. En el plazo de un mes desde el alta del trabajador en la Seguridad Social, éste deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero, personalmente y ante la Oficina de Extranjería correspondiente. Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización y será retirada por el extranjero.</p> <p>Si finalizada la vigencia de la autorización de estancia no existiera constancia de que el trabajador ha sido dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, éste quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo en caso contrario en infracción grave por encontrarse irregularmente en España.</p>
<p>Art. 71</p>	<p>Renovación. Criterios familiares. Se contempla la posibilidad de renovar a pesar de no reunir los requisitos cuando el cónyuge o pareja de hecho cumpla con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador.</p>
<p>Art. 71.2</p>	<p>También se renovará: Art. 71.2.e) de acuerdo con el artículo el artículo 38.6.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de que la trabajadora sea víctima de violencia de género</p>
<p>Art. 71.5</p>	<p>Renovación y antecedentes penales. Se valorará: que el extranjero haya cumplido la condena, haya sido indultado o se halle en situación de remisión condicional o suspensión de la pena. También se valorará que el extranjero haya incumplido sus obligaciones en materia tributaria y de seguridad social.</p>
<p>Art. 71.6</p>	<p>Asimismo se valorará el esfuerzo de integración acreditado mediante el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia como información a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización. Como señalamos antes, se regula el contenido mínimo que deberán tener los informes sobre el esfuerzo de integración.</p>

CAPÍTULO IV. RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO PARA INVESTIGACIÓN

Se regula un **procedimiento expreso** que garantiza un procedimiento ágil para las especificidades de la reagrupación familiar en este supuesto y, concretamente, la movilidad de los investigadores dentro de la Unión Europea, tal como ordena la Ley Orgánica y la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre.

EL NUEVO REGLAMENTO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

Art. 74.2	<p>Duración. La duración de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo para investigación será siempre superior a tres meses y, como máximo, de cinco años. Su vigencia será coincidente con la duración del proyecto de investigación en relación con el cual se conceda. Se limitará al ejercicio de la actividad investigadora para la que fue concedida.</p> <p>Esta limitación mínima de tres meses no es demasiado afortunada sino excesivamente encorsetada; en ocasiones la movilidad del investigador exige plazos más cortos, dada la naturaleza de la investigación y la vinculación del investigador extranjero con el proyecto concreto.</p>
Art. 75.1.b)	<p>Requisitos. Que el investigador extranjero acredite estar en posesión de una titulación superior que le permita el acceso a programas de doctorado, relacionada con el proyecto de investigación para cuyo desarrollo se solicita la autorización de residencia temporal y trabajo. (Se suprime la exigencia de homologación que figuraba en anteriores borradores y que habría dificultado burocráticamente la colaboración de investigadores extranjeros).</p>
Art. 76.3	<p>Por Orden del Ministerio de Ciencia e Innovación, previo informe de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, se establecerá el procedimiento para la elaboración y publicación del listado de organismos de investigación autorizados para acoger a investigadores extranjeros. Previamente los organismos de investigación deben suscribir los respectivos convenios de acogida con los investigadores extranjeros.</p>
Art. 78	<p>Se introduce un nuevo artículo artículo 78, que contempla de forma detallada el Procedimiento en el caso de traspaso de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo para investigación a Comunidades Autónomas.</p>

CAPÍTULO V. RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO DE PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS TITULARES DE UNA TARJETA AZUL-UE

<p>Se halla en situación de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados aquel trabajador extranjero autorizado a desempeñar una actividad laboral para la que se requiera contar con cualificación de enseñanza superior o, excepcionalmente, acredite un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable a dicha cualificación.</p> <p>Se regula un procedimiento expreso que garantiza un procedimiento ágil para las especificidades de la reagrupación familiar en este supuesto y, concretamente, la movilidad de los profesionales altamente cualificados dentro de la Unión Europea, tal como ordena la Ley Orgánica y la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo.</p>	
Art. 86.2	<p>Duración. La autorización inicial de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados tendrá una duración de un año.</p>
Art. 87	<p>Requisitos. Se contempla la exigencia de acreditar la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión [párrafo 2.e)]. Se suprime la referencia a la homologación.</p>

<p>Art. 93.2</p>	<p>Renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados. La autorización se renovará por períodos bianuales, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración. Para la concesión de una autorización inicial, no será considerará el requisito relativo a que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador. Estamos por tanto ante un régimen preferencial.</p>
<p>Art. 94.2</p>	<p>Familiares de profesionales altamente cualificados. En el caso de que a la Comunidad Autónoma donde se vaya a desarrollar la actividad laboral se le hubieran traspasado competencias en materia de autorización inicial de trabajo para extranjeros y las solicitudes del trabajador y de sus familiares sean presentadas simultáneamente, todas ellas podrán ser presentadas ante el órgano autonómico que sea competente en relación con la autorización inicial de trabajo, que remitirá las de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar a la Oficina de Extranjería competente para su tramitación.</p>

<p>CAPÍTULO VI. RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA DE DURACIÓN DETERMINADA</p>	
<p>Se regula la figura del trabajador transnacional de temporada o campaña (desplazamientos dentro de una empresa o grupo de empresa). Se aplica el beneficio para que la no consideración de la situación nacional de empleo [artículo 40.2.c) de la LO] se vincule a que se acredite la necesidad de que el trabajador conozca directa y fehacientemente la empresa.</p>	
<p>Art. 98.3</p>	<p>Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada. La duración de la autorización coincidirá:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) En el caso de actividades de campaña o temporada, con la duración del contrato o contratos de trabajo, con el límite máximo de nueve meses, dentro de un período de 12 meses consecutivos. b) En los restantes supuestos, con la duración del contrato de trabajo o, en caso de que en éste, por su naturaleza, no se establezca una vigencia, la duración prevista de la actividad, debidamente acreditada. <p>En cualquier caso, la duración de la autorización tendrá el límite máximo de doce meses, a partir del cual no será susceptible de prórroga, sin perjuicio de la posibilidad excepcional de ésta si el empleador acredita circunstancias sobrevenidas que determinan la necesidad de continuidad de la relación laboral y siempre que la prórroga no sea contraria a la normativa laboral que resulte de aplicación.</p>
<p>Art. 99.1</p>	<p>Requisitos. En todo caso, los contratos de trabajo deberán contener, al menos, los aspectos previstos en el artículo 2.2 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, así como una previsión del salario neto que percibirá el trabajador.</p>

Art. 102	<p>Prórroga de las autorizaciones.</p> <p>1. Las autorizaciones de temporada o campaña se podrán prorrogar hasta nueve meses en función del período de contratación inicial.</p> <p>2. En los restantes supuestos:</p> <p>a) En el caso de que la prórroga no exceda del período de doce meses desde la fecha de comienzo de la vigencia de la autorización, el empleador deberá acreditar que ésta se solicita para continuar con la realización de la misma obra, servicio o actividad especificados en el contrato. La duración de la prórroga coincidirá con la finalización de la obra, servicio o actividad con el límite del período de doce meses desde la fecha de comienzo de la vigencia de la autorización.</p> <p>b) En el caso de que se sobrepase el período de doce meses desde la fecha de comienzo de la vigencia de la autorización, la prórroga tendrá carácter excepcional. El empleador deberá acreditar que ésta se solicita para continuar con la realización de la misma obra, servicio o actividad especificados en el contrato, así como el carácter sobrevenido de la necesidad de que la relación laboral continúe.</p>
-----------------	---

CAPÍTULO VII. RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA PROPIA

Art. 105.3	<p>Requisitos.</p> <p>b) Poseer la cualificación profesional legalmente exigida o experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional, así como en su caso la colegiación cuando así se requiera.</p> <p>d) Que el extranjero cuente con recursos económicos suficientes para su manutención y alojamiento. En caso de que los recursos acreditados deriven del ejercicio de la actividad por cuenta propia, su valoración se realizará una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad. Las cuantías a acreditar serán aquéllas previstas en relación con solicitudes de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, en función de las personas que el interesado tenga a su cargo.</p>
Art. 106.5	<p>Denegación. (<i>in fine</i>) La autorización será igualmente denegada en caso de concurrencia de algún supuesto de los previstos en el artículo 69.1, párrafos d), e), o f) ⁽²⁰⁾.</p>
Art. 109.6	<p>Esfuerzo de integración. Se limita la autorización inicial a un ámbito autonómico y sectorial determinados, como ordena la propia Ley Orgánica. Se regula asimismo el esfuerzo de integración como elemento a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización.</p>

(20) Estos tres supuestos son los siguientes:

- d) Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, o medie mala fe.
- e) De así valorarlo el órgano competente para resolver, cuando conste un informe policial desfavorable.
- f) Cuando concurra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud.

CAPÍTULO VIII. RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO EN EL MARCO DE PRESTACIONES TRANSNACIONALES DE SERVICIOS	
Arts. 110 a 116	Se revisan los requisitos para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales. La hipótesis normativa es la de un trabajador extranjero que se desplaza a un centro de trabajo en España y depende, mediante expresa relación laboral, de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo.

CAPÍTULO IX. RESIDENCIA TEMPORAL CON EXCEPCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE TRABAJO	
Arts. 117 y 118	Se mantiene prácticamente la misma redacción que en el pasado.

CAPÍTULO X. RESIDENCIA TEMPORAL DEL EXTRANJERO QUE HA RETORNADO VOLUNTARIAMENTE A SU PAÍS	
Art. 120	Procedimiento. Se regula un procedimiento específico, preferente y privilegiado, para retorno a España una vez transcurrido el compromiso de no regreso. En el caso de no haberse establecido plazo de no regreso, las solicitudes de autorizaciones de residencia temporal o residencia temporal y trabajo solo podrán ser presentadas transcurridos tres años desde la fecha del retorno a su país de origen. Este plazo podrá ser modificado por Orden Ministerial del Ministerio de Trabajo e Inmigración.
Art. 122.4	Conservación de la previa residencia. Se conservará el tiempo previo de residencia en España a los efectos de renovaciones y obtención en su caso de la tarjeta de larga duración.

TÍTULO V. RESIDENCIA TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES	
CAPÍTULO I. RESIDENCIA TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES POR ARRAIGO, PROTECCIÓN INTERNACIONAL, RAZONES HUMANITARIAS, COLABORACIÓN CON AUTORIDADES, SEGURIDAD NACIONAL O INTERÉS PÚBLICO	
Art. 124.1	El arraigo laboral exigirá la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años y la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses. A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite.
Art. 124.2	Arraigo Social. Se mantiene inalterada la configuración del arraigo social con carácter general, con algunas leves matizaciones. Las más importante son: La posibilidad de presentación de trabajos a tiempo parcial simultáneos, siempre que la duración mínima sumada sea al menos de un año y la jornada no inferior a 30 horas en el cómputo global. En el sector agrario se permite la presentación de contratos concatenados, cada uno de ellos duración mínima de seis meses.

<p>Art. 124.2</p>	<p>La posibilidad de revisar la no aplicación de la situación nacional de empleo por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia. Anualmente por Acuerdo del Consejo de Ministros los criterios que dan lugar al arraigo (artículo 124.4). Se garantiza la prevalencia de la Comunidad Autónoma en la emisión del informe de arraigo social, aunque, como en el caso de la vivienda para reagrupación familiar, se prevé el carácter subsidiario del Ayuntamiento y la posibilidad de inacción de ambas Administraciones;</p> <p>[Artículo 128.2.b)]. En los supuestos de arraigo social, se deberá presentar documentación acreditativa del grado de parentesco alegado o, en su caso, el correspondiente informe de arraigo. Igualmente, en caso de solicitarse la exención de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, se deberá presentar documentación acreditativa de contar con medios económicos suficientes o, en su caso, del cumplimiento de los requisitos previstos en relación con la actividad por cuenta propia.</p> <p>En los supuestos de arraigo social acreditado mediante informe, que deberá ser emitido y notificado al interesado en el plazo máximo de 30 días desde su solicitud, en éste deberá constar, entre otros factores de arraigo que puedan acreditarse por las diferentes Administraciones competentes, el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Comunidad Autónoma deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente. A dichos efectos, el órgano autonómico competente podrá realizar consulta al Ayuntamiento donde el extranjero tenga su domicilio habitual, sobre la información que pueda constar al mismo.</p> <p>El informe de arraigo referido anteriormente podrá ser emitido por la Corporación local en la que el extranjero tenga su domicilio habitual, cuando así haya sido establecido por la Comunidad Autónoma competente, siempre que ello haya sido previamente puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.</p> <p>El informe de la Corporación local habrá de ser emitido y notificado al interesado en el plazo de 30 días desde la fecha de la solicitud. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Corporación local deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente.</p> <p>El órgano que emita el informe podrá recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios económicos suficientes. En caso de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 105.3 de este Reglamento, se podrá alegar que los medios económicos derivan de una actividad a desarrollar por cuenta propia.</p> <p>En caso de que el informe no haya sido emitido en plazo, circunstancia que habrá de ser debidamente acreditada por el interesado, podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba admitido en derecho.</p>
<p>Art. 124.3</p>	<p>Arraigo Familiar. Se contempla el arraigo familiar, al incluir como supuesto el de los progenitores extranjeros de hijos españoles, cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a su cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo.</p>

Art. 126	<p>Razones humanitarias. A los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 315, 511.1 y 512 del Código Penal, de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, tipificada en el artículo 22.4 del Código Penal, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, siempre que haya recaído resolución judicial finalizadora del procedimiento judicial en la que se establezca la condición de víctima de tales delitos.</p> <p>Se admite el carácter no sobrevenido de la enfermedad en los supuestos de menores, para garantizar la documentación de los menores desplazados a España en un programa temporal con fines médicos.</p>
Art. 128.3	<p>Procedimiento. El órgano competente para resolver comprobará si con la solicitud se acompaña la documentación exigida, y si estuviera incompleta, formulará al solicitante el oportuno requerimiento a fin de que se subsanen los defectos observados en el plazo que se señale en la notificación, que no podrá ser superior a un mes, advirtiéndole que de no subsanarse los mismos en el indicado plazo se le tendrá por desistido de su solicitud y se procederá al archivo de su expediente, dictándose al efecto la oportuna resolución.</p>
Art. 130	<p>Prórroga. Se mantienen las previsiones para la prórroga de las autorizaciones o solicitud de autorizaciones de residencia temporal y trabajo. En ambos casos la presentación de la solicitud prorroga la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento.</p>

<p>CAPÍTULO II. RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES DE MUJERES EXTRANJERAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO</p>	
<p>Se incluye un nuevo Capítulo que contempla la residencia temporal y trabajo de mujeres víctimas de violencia de género.</p>	
Art. 131	<p>Denuncia. Se prevé la no incoación de expediente sancionador si éste no existiera previamente a la denuncia y su suspensión en caso de que así fuera.</p> <p>En caso de que el expediente sancionador no hubiera sido iniciado en el momento de presentación de la denuncia, la decisión sobre su incoación será pospuesta hasta la finalización del proceso penal.</p>
Art. 133	<p>Protección concedida a la víctima y sus hijos. La protección conferida no sólo se agota en la mujer, sino que se extiende a sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer sus necesidades, en caso de que los hubiera. Esta protección conlleva la autorización para trabajar sin aplicación de la situación nacional de empleo.</p>
Art. 134.1.a)	<p>La duración de las autorizaciones será de cinco años, aunque se prevé la existencia de una autorización provisional de residencia temporal y trabajo desde la presentación de la solicitud de autorización, siempre que exista una orden de protección o un informe del Ministerio Fiscal que aprecie la existencia de indicios de delito (artículo 133).</p> <p>La autorización se podrá conceder cuando exista sentencia condenatoria o de la que pueda deducirse que la mujer ha sido víctima de violencia de género.</p>
Art. 134.2	<p>Otras autorizaciones. Existe, asimismo, la posibilidad de obtener una autorización de residencia temporal y trabajo o el retorno asistido al país de procedencia.</p>

CAPÍTULO III. RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES POR COLABORACIÓN CONTRA REDES ORGANIZADAS	
<p>Se regula detalladamente la situación del extranjero que encontrándose en situación irregular sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad colabore con las autoridades españolas administrativas, policiales o no, fiscales o judiciales en la persecución del delito.</p>	
Arts. 138 Art. 139	<p>Extranjeros menores de edad. Las actuaciones realizadas estarán en todo momento sometidas a la consecución del interés superior del menor, estableciéndose medidas de protección específicas.</p>

CAPÍTULO IV. RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES DE EXTRANJEROS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS	
Arts. 141 a 146	<p>Se regula con bastante detalle tanto la identificación de la víctima (art. 141) como el período de reflexión (art. 142), la exención de responsabilidad (art. 143) y la autorización, provisional y definitiva, de residencia y trabajo y el posible retorno asistido (arts. 144-145). Y la la situación de los extranjeros menores de edad (art. 146).</p> <p>Se regula un detallado protocolo de identificación de las potenciales víctimas (art. 141). Período de restablecimiento y reflexión (art. 142).</p>

TÍTULO VI. RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN Y LARGA DURACIÓN-UE	
<p>Se distingue entre residencia de larga duración y residencia de larga duración UE, aunque esta distinción parece artificial y debería haberse optado por una sola figura, la residencia de larga duración-UE.</p>	
Arts. 148 a 158	<p>Se regula <i>ex novo</i> la Residencia de larga duración-UE (arts. 148 a 158). Se facilita la movilidad del residente de larga duración UE en otro Estado miembro, previendo su concesión cuando se acrediten medios de vida propios, sean o no laborales. Igualmente, se prevé un procedimiento especial para la reagrupación familiar en estos supuestos.</p>
Art. 148.1	<p>Tendrán derecho a obtener una autorización de residencia de larga duración los extranjeros que hayan residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años.</p> <p>Igualmente, tendrán derecho a obtener dicha autorización los extranjeros que acrediten haber residido durante ese período de forma continuada en la Unión Europea, en calidad de titulares de una Tarjeta Azul-UE, siempre que en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud dicha residencia se haya producido en territorio español.</p> <p>Se establece por tanto un régimen privilegiado para los portadores de la Tarjeta Azul-UE.</p>

<p>Art. 148.2</p>	<p>La continuidad a que se refiere el apartado anterior no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de diez meses dentro de los cinco años referidos en el apartado 1, salvo que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de manera irregular⁽²¹⁾.</p> <p>En caso de ausencias por motivos laborales, la continuación de la residencia no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año dentro de los cinco años requeridos.</p> <p>En el caso de solicitud de una autorización de residencia de larga duración en base a lo previsto en el segundo párrafo del apartado anterior, la continuidad de la residencia como titular de una Tarjeta Azul-UE no quedará afectada por ausencias de la Unión Europea de hasta doce meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de dieciocho meses dentro de los cinco años de residencia requeridos.</p>
<p>Art. 152.2</p>	<p>Se computarán, a los efectos previstos en los párrafos anteriores, los períodos de permanencia en situación de estancia por estudios, movilidad de alumnos o prácticas no laborales, en el 50% de la duración total de los mismos, siempre que en el momento de la solicitud de la autorización de residencia de larga duración-UE, el extranjero se encuentre en situación de residencia en España [artículo 152.1.a)].</p>
<p>Arts. 153 y 154</p>	<p>Procedimiento para la obtención de la tarjeta de larga duración y renovación de la misma. Se prevé la recuperación de la titularidad de una residencia de larga duración, española o UE, en los supuestos de regreso tras haber cumplido el período de retorno, mediante un procedimiento simplificado y con silencio administrativo de carácter positivo.</p>
<p>Arts. 155 a 157</p>	<p>Movilidad en la UE del residente de larga duración y su familia.</p>

TÍTULO VII. EXTINCIÓN DE LAS AUTORIZACIONES DE TRABAJO Y RESIDENCIA

<p>Arts. 162 a 166</p>	<p>Se regula la extinción de la autorización de residencia temporal y trabajo (art. 162); para investigación (art. 163), de profesionales altamente cualificados (art. 164), de víctimas de trata de seres humanos (art. 165) y de la residencia de larga duración (art. 166).</p>
-------------------------------	--

CUADRO 2. EXTINCIÓN DE AUTORIZACIONES POR AUSENCIAS

<p>Residencia Temporal</p>	<p>Cuando se permanezca fuera de España durante más de seis meses en un período de un año (art. 162.2).</p>
<p>Residencia Larga Duración</p>	<p>Cuando se produzca la ausencia del territorio de la Unión Europea durante 12 meses consecutivos [art. 166.1.c)].</p>
<p>Residencia Larga Duración-UE</p>	<p>Además, se producirá la extinción de la autorización de residencia de larga duración-UE tras una ausencia del territorio español de seis años.</p>

(21) Norma que sigue el artículo 4.3.º de la Directiva 2003/109/CE, sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

TÍTULO VIII. GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN	
Arts. 168.2 y 172 a 176	Elaboración y contenido de la previsión anual de gestión colectiva de contrataciones en origen. Se mantiene la posibilidad de regular un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen, así como un número de visados para la búsqueda de empleo limitados a determinadas ocupaciones en un ámbito territorial concreto.
Art. 170	Especialidades en los procedimientos. Se regula la previsión de la aprobación de las cifras y procedimientos relacionados con la gestión colectiva de de contrataciones en origen por Orden del Ministerio de Trabajo e Inmigración.
Art. 171	Procedimientos y Comunidades Autónomas. Se detalla el procedimiento de tramitación de los visados de residencia y trabajo. Los visados tendrán una vigencia máxima de seis meses, y habilitarán para la entrada en España.
Art. 172	Visados de residencia y trabajo. Se regula la adaptación de la situación de residencia temporal y trabajo condicionada al efectivo alta del trabajador en Seguridad Social (art. 172.1). Se regula la excepción de la obligación de obtener Tarjeta de Identidad de Extranjeros en caso de autorizaciones de residencia temporal y trabajo de temporada.

TÍTULO IX. AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA Y TRABAJO DE EXTRANJEROS EN CUYA ACTIVIDAD PROFESIONAL CONCURRAN RAZONES DE INTERÉS ECONÓMICO, SOCIAL O LABORAL, O RELATIVAS A LA REALIZACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN O DESARROLLO O DOCENTES, QUE REQUIERAN ALTA CUALIFICACIÓN, O DE ACTIVIDADES ARTÍSTICAS DE ESPECIAL INTERÉS CULTURAL	
<p>Se fija la plantilla de trabajadores, inversión, volumen de fondos propios u otros, exigibles para que una determinada empresa se considere incluida en el ámbito de aplicación del título.</p> <p>Se prevé una mayor tipología de autorizaciones a las que podrán resultar de aplicación las previsiones específicas del título (cabe reseñar la previsión de que se podrán tramitar procedimientos sobre residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados o para investigación).</p>	
Art. 178.2	Ámbito de aplicación. Promedio de plantilla durante los tres meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud superior a 500 trabajadores en España, en alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social [artículo 178.2.a)]. Inversión bruta media anual, procedente del exterior, no inferior a 1 millón de euros en los tres años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud.
Art. 178.2.4	Se prevé que las pequeñas y medianas empresas puedan verse beneficiadas de las previsiones establecidas en este título en caso de que pertenezcan a sectores estratégicos (tecnología de la información y las comunicaciones, energías renovables, medioambiente, agua y tratamiento de aguas, ciencias de salud, biofarmia y biotecnología y aeronáutica y aeroespacial).

	Se realiza una regulación más detallada de los casos que, por considerarse asimilados a los expresamente previstos, podrán entenderse incluidos dentro del ámbito de aplicación del título.
Arts. 180 y 181	Particularidades del procedimiento y documentación. Asimismo se regulan con mayor precisión las particularidades del procedimiento y documentación necesaria y la posibilidad de tramitarse una autorización de residencia temporal sin autorización de trabajo para los familiares de los trabajadores (art. 181).

TÍTULO X. TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS	
Art. 184.2	Ámbito territorial de la validez de la autorización. Se determina que el ámbito geográfico de limitación de la autorización será el correspondiente a la Comunidad Autónoma en cuya zona limítrofe reside el trabajador extranjero. Y se detallan los requisitos que deberán cumplirse para la obtención de la autorización de trabajo y sus efectos (arts. 183 y 184).

TÍTULO XI. MENORES EXTRANJEROS	
Arts. 185 y 186	Residencia del hijo nacido en España y del no nacido en España. El Capítulo I (arts. 185 y 186) aborda la residencia de hijo del residente. En el supuesto de menores no nacidos en España podrán obtener autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años ⁽²²⁾ y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios de vida y alojamiento exigidos en este Reglamento para ejercer el derecho a la reagrupación familiar.
Art. 187 y 188	Desplazamiento de menores. El Capítulo II contempla el desplazamiento temporal de menores extranjeros en programas de carácter humanitario (art. 187) y con fines de escolarización (art. 188).

CAPÍTULO III. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS (ARTÍCULOS 189 A 198)	
Se establece un régimen jurídico integral (Capítulo III, arts. 189 a 198), que comprende:	
Art. 190	Determinación de la edad. Una mejor definición de menor no acompañado y los aspectos relativos al procedimiento de determinación de la edad bajo la dirección del Ministerio Fiscal.

(22) Para el Consejo de Estado, la exigencia de ese plazo para obtener una autorización vinculada contrasta con la inexistencia de un plazo semejante en materia de reagrupación familiar, en cuyo régimen basta la reagrupación para obtener la autorización de residencia, conforme a los artículos 56 y siguientes del Proyecto. Esa diferencia de tratamiento, que sitúa en la irregularidad durante dos años a los menores a que se refiere este precepto, a pesar de la regularidad de la residencia de sus progenitores o tutores, debe corregirse reduciendo el plazo de permanencia exigido. La petición no fue atendida por los redactores del texto definitivo.

Arts. 191 a 195	Repatriación. Se regula el procedimiento de repatriación en interés del menor completo (y que abarca las actuaciones previas de petición de informe al país de origen; el inicio del procedimiento, la determinación de un período de prueba; trámite de audiencia y resolución del procedimiento y ejecución de la repatriación).
Art. 193	Intervención del representante del menor. Comunicado el acuerdo de incoación del procedimiento, si el menor ha alcanzado la edad de dieciséis años, podrá intervenir en esta fase por sí mismo o a través de representante que designe. Cuando el menor de dieciséis años con juicio suficiente hubiera manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela legal, custodia, protección provisional, guarda o representación legal, se suspenderá el curso del procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial. Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente (art. 193.1).
Art. 194.2	Trámite de audiencia y resolución del expediente. En la propia resolución o en documento aparte, se hará expresa mención a la necesidad de solicitar el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para el ejercicio de éste, en caso de que se decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa.
Art. 196	Residencia del menor no acompañado. Se regula la figura de la autorización de residencia del menor no acompañado; esta deberá ser otorgada una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores ⁽²³⁾ .
Arts. 197 y 198	Acceso a la mayoría de edad. La forma de documentación del menor, una vez cumple los 18 años, en función de si ha llegado a ser titular de una autorización de residencia durante su minoría de edad y los requisitos para acceder a la misma. Para la renovación de la autorización de residencia se valorará especialmente el grado de inserción del solicitante en la sociedad española.
Art. 215	Registro de Menores Extranjeros no Acompañados. Se incluye una nueva regulación del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, que será coordinado por el Ministerio Fiscal, y que incluirá datos fisonómicos y biométricos del menor y los traslados entre Comunidades Autónomas.

(23) Para el Consejo de Estado, la redacción de este precepto, deudora del vigente artículo 94.5, ha planteado una rigidez innecesaria en el acceso a la situación de residencia del menor, considerándose el plazo fijado excesivo. Sin entrar a valorar la duración de ese plazo, de cara a dotar al extranjero indocumentado de un soporte documental de su identificación, se propone por el Consejo de Estado trasladar a este ámbito el juego de autorización provisional-autorización definitiva que se emplea por el Proyecto en otros pasajes. De este modo, se garantizaría la identificación *ab initio* de la persona, aunque fuera de manera provisional y aun indiciaria, frente a la situación de vacío documental que existe actualmente.

TÍTULO XII. MODIFICACIÓN DE LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA	
Art. 199	Diversas situaciones. Se amplía el acceso de los titulares de una autorización de estancia por estudios a una autorización de residencia por cuenta propia, a residencia con excepción de autorización de trabajo, a residencia y trabajo de investigadores y a residencia y trabajo altamente cualificado.
Art. 199.4	Excepciones. Se prevén dos supuestos de excepción directa del requisito de permanencia previa de tres años en casos vinculados a profesiones sanitarias.
Art. 202.1	Residencia por circunstancias excepciones y su modificación. Los extranjeros que se encuentren en España durante, al menos, un año en situación de residencia por circunstancias excepcionales, en los supuestos que determina el artículo 130, podrán acceder a la situación de residencia o de residencia y trabajo sin necesidad de visado. se exigirán los requisitos laborales previstos en el artículo 64, excepto el apartado 3.a).

TÍTULO XIII. DOCUMENTACIÓN DE LOS EXTRANJEROS	
Art. 210.8	Finalización de la vigencia de la Tarjeta de Residencia del Extranjero (TIE). Se prevé la forma de entregar la Tarjeta de Identidad de Extranjero en los supuestos de retorno voluntario, permitiendo que se graben los retornos en el Registro Central de Extranjeros.

TÍTULO XIV. INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA Y RÉGIMEN SANCIONADOR	
--	--

CUADRO 3. LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE RECURRIR

Art. 223. Borrador	Art. 223. Texto definitivo
<p>Manifestación de la voluntad de recurrir. A los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el extranjero que se hallase privado de libertad podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de expulsión ante el instructor del expediente o el funcionario del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente.</p>	<p>Manifestación de la voluntad de recurrir. A los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el extranjero manifestará su voluntad expresa de recurrir, cuya constancia se acreditará por medio del apoderamiento regulado en el artículo 24 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en el caso de que el extranjero se hallase privado de libertad podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de expulsión ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente.</p>

Art. 223	Manifestación de la voluntad de recurrir. A los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el extranjero manifestará su voluntad expresa de recurrir, cuya constancia se acreditará por medio del apoderamiento regulado en el artículo 24 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en el caso de que el extranjero se hallase privado de libertad podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de expulsión ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente.
Arts. 223 y 231	Sanciones. Se realizan recordatorios expresos de que la determinación de la sanción debe realizarse en atención a criterios de proporcionalidad y teniendo en consideración el grado de culpabilidad del infractor y el daño o riesgo generado con la comisión de la infracción ⁽²⁴⁾ .
Art. 227.2	Notificación al interesado del acuerdo de iniciación del expediente. Siempre se notificará el acuerdo de iniciación del expediente para que se alegue lo que se estime oportuno por el interesado, pudiendo considerarse tal acuerdo de como propuesta de resolución sólo en los casos del artículo 63.5 de la LOEX (Procedimiento preferente).
Art. 227.3	Asistencia letrada cuando pueda proponerse la expulsión. En los procedimientos ordinarios en los que pueda proponerse la sanción de expulsión de territorio español, el extranjero tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.
Art. 234	Supuestos en que procede el procedimiento preferente. Se recuerdan los casos en que el procedimiento tendrá naturaleza preferente, cuando la infracción sea la permanencia irregular en territorio español (riesgo de incomparecencia; que el extranjero evite o dificulte la expulsión; o que el extranjero sea considerado un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional).
Art. 241	Concurrencia de procedimientos. Se dedica una sección específica 4.ª a los casos de concurrencia de procedimientos. Su contenido establece los criterios en los que procederá la revocación de una orden de expulsión en caso de que el extranjero presente una solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales ⁽²⁵⁾ .

(24) «A juicio del Consejo de Estado, es preciso cohonestar el régimen de las salidas obligatorias y de la expulsión del territorio español, a la vista de la Ley Orgánica y de la citada sentencia del TJUE de modo que la expulsión sea la decisión excepcional, a aplicar en los casos previstos en la Ley, siempre que no pueda sustituirse, en aplicación del principio de proporcionalidad, por la imposición de una multa al sujeto infractor».

(25) Para el Consejo de Estado, sin embargo, el Proyecto prevé que «el instructor recabará informe del órgano competente sobre el estado de tramitación de dicha solicitud» y, «en caso de que el interesado no reuniera, de acuerdo con este informe, los requisitos previstos para la obtención de la autorización de residencia, el instructor decidirá la continuación del expediente de expulsión y, en caso contrario, procederá su archivo. De entender procedente la prosecución del expediente y previo acuerdo dictado al efecto, continuará por los trámites del procedimiento ordinario regulado en este Reglamento». La posibilidad descrita debe ajustarse a la letra de la LOEX, de modo que las actuaciones tendentes a la expulsión queden paralizadas en tanto no se haya resuelto el procedimiento de otorgamiento de la autorización.

<p>Art. 245.2</p>	<p>Resolución de expulsión y prohibición de entrada. Se prevé que el establecimiento de un período de prohibición de entrada, tras una expulsión, superior a cinco años requerirá informe de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras.</p> <p>El órgano competente no impondrá la prohibición de entrada en caso de que el extranjero abandone el territorio nacional durante la tramitación del expediente, o revocará la prohibición de entrada impuesta si el extranjero lo abandona en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión.</p> <p>La salida del territorio deberá ser oportunamente comunicada al órgano competente para la no imposición o revocación de la prohibición de entrada, siempre que el expediente sancionador haya sido tramitado por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.</p> <p>Los requisitos para entender que la salida ha sido debidamente comunicada se contienen en el artículo 245.2.</p>
<p>Art. 246.5</p>	<p>Ejecución de una resolución de expulsión. En los supuestos en que se hubiera impuesto un período de cumplimiento voluntario de la sanción y éste hubiera sido inatendido por el extranjero, no se podrá acordar la sustitución de la expulsión por la salida obligatoria.</p>
<p>Art. 254</p>	<p>Sanciones en el orden social. Las cuantías de las sanciones se acomodan al mandato legal determinado por la última reforma de la LO 2/2009.</p>
<p>Art. 258</p>	<p>Internamiento. Se elimina la regulación del régimen de internamiento extranjeros, por realizar la Ley Orgánica 2/2009 una remisión reglamentaria distinta a la general. No obstante dicha materia será regulada en un reglamento distinto, sí se mantiene el artículo sobre el proceso de toma de decisión del internamiento y las condiciones generales de éste.</p> <p>(Artículo 258.2). Sólo se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concurren los supuestos previstos en los artículos 15.3 (denegación de entrada), 23.4 (devolución), 235.5 (Expulsión proa. Preferente) y 246.3 (ejecución expulsión) de este Reglamento.</p>
<p>Art. 258.5</p>	<p>Comunicación del internamiento. Si así lo solicitase el extranjero, se comunicará el internamiento a sus familiares, a la persona a la que haya atribuido su defensa jurídica⁽²⁶⁾, la organización no gubernamental indicada por el extranjero u otras personas residentes en España.</p>

(26) Añadido que seguramente pretende tener un contenido garantista, pero que su implementación en la práctica cotidiana pudiera dar lugar a situaciones de indefensión en aquellos supuestos en que esa atribución no esté bien clarificada.

TÍTULO XV. OFICINAS DE EXTRANJEROS Y CENTROS DE MIGRACIONES	
Art. 261.1	Dependencia orgánica y funcional. Dada la actual dependencia orgánica de las Oficinas de Extranjeros de los Directores/Jefes de las Áreas/Dependencias de Trabajo e Inmigración, se establece que aquéllas también dependerán de éstos funcionalmente. Ello, dentro de la correspondiente Delegación o Subdelegación del Gobierno y sin perjuicio de su dependencia funcional de los Ministerios de Trabajo e Inmigración y del Interior.
Art. 261.5	Se concreta el informe de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración sobre el nombramiento o cese de los jefes de Oficinas de Extranjeros, para reforzar su capacidad de control sobre la cuestión, al preverse expresamente que habrá de contar con toda la documentación que se haya valorado para la propuesta de su nombramiento y la posibilidad de realizar una entrevista personal con el candidato.
Art. 261.9	Se prevé expresamente que la Oficina de Extranjeros tendrá la función de comprobar que se mantienen las condiciones que motivaron la concesión de la autorización.

DISPOSICIONES ADICIONALES	
1. ^a	Normativa aplicable a los procedimientos. En los supuestos previstos en este apartado, las solicitudes serán presentadas por el empleador, personalmente o a través de quien ejerza válidamente la representación empresarial, ante el registro del órgano competente para su tramitación o ante la Oficina de Extranjería correspondiente a la provincia donde se vaya a desarrollar la actividad laboral. En su caso, la Oficina de Extranjería dará traslado inmediato de la solicitud a la Dirección General de Inmigración, para su tramitación y resolución.
2. ^a	Protección concedida a la víctima y sus hijos. El Consejo de Estado recuerda que «a este respecto ha de indicarse que la LOEX no contiene normas en materia de procedimiento, correspondiendo su regulación a su Reglamento de desarrollo. En atención a ello, es posible admitir que el Reglamento instrumente los procedimientos de extranjería, adaptándolos a las especiales circunstancias presentes en cada caso, especialidades que no pueden derivar en principio en la alteración de las líneas generales del procedimiento administrativo común que diseña la Ley 30/1992, ni afectar a las reglas aplicables a los actos y resoluciones administrativas que en ella se contienen. Se recuerda lo anterior para destacar que es precisa una revisión general del texto en proyecto, a fin de ajustar la regulación de los procedimientos a las reglas generales de resolución y notificación de las resoluciones administrativas y al cómputo del silencio, así como para acomodarlos a las reglas de cómputo de plazos que dicha ley contiene, pudiendo valorarse también la introducción de la regla de la subsanación de solicitudes de su artículo 71».
3. ^a	Lugares de presentación de las solicitudes. El contenido de este apartado se entenderá sin perjuicio de la obligación de la Administración General del Estado de poner a disposición del ciudadano la posibilidad de utilizar medios electrónicos para el inicio de los procedimientos.

<p>4.^a</p>	<p>Práctica de la notificación por medios electrónicos. De conformidad con lo previsto en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, la asignación de una Dirección Electrónica de Extranjería será obligatoria para todos los solicitantes personas jurídicas y voluntaria para las personas físicas, quienes habrán de señalar dicho medio como preferente o consentir su utilización.</p> <p>El empleo del sistema de notificación electrónica mediante comparecencia electrónica en la sede (artículo 40 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007) será utilizado por los interesados que hayan señalado dicho medio como preferente o hayan consentido su utilización, si bien este medio será obligatorio para las personas físicas que por su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados, tengan el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos.</p> <p>Este sistema se considera preferible al consistente en la asignación de una dirección electrónica de extranjería, como se preveía en versiones anteriores de la reglamentación en proyecto.</p>
<p>5.^a</p>	<p>El Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería. El funcionamiento, la gestión y la publicación en el Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería, se hará con pleno sometimiento a lo dispuesto en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, y conforme a los requisitos exigidos por la Ley 11/2007, de 22 de junio.</p>
<p>6.^a</p>	<p>Aplicación informática para la tramitación de procedimientos. Una vez implantada la Aplicación común de extranjería en cumplimiento de lo previsto en la disposición adicional quinta de la LO 4/2000, de 11 de enero, las referencias realizadas en este Reglamento a la grabación de actuaciones administrativas en la aplicación informática correspondiente se entenderán hechas a aquélla cuando el actuante sea un órgano de la Administración General del Estado competente en materia de extranjería.</p>
<p>7.^a</p>	<p>Gestión informática en los procedimientos con intervención de las comunidades autónomas. A los efectos de asegurar la necesaria coordinación de los órganos competentes de la Administración General del Estado con los de las comunidades autónomas, la gestión electrónica de los procedimientos de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros, se realizará por dichas Administraciones mediante aplicaciones informáticas que respondan a formatos y estándares comunes, y que aseguren la interoperabilidad, la seguridad, la conservación y la normalización de la información y de los datos necesarios para el ejercicio de sus competencias.</p>
<p>8.^a</p>	<p>Legitimación y representación. Concreta que cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes iniciales relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo o a prórrogas de estancia.</p> <p>5. Se entenderá cumplida la obligación de comparecencia personal de una persona física o jurídica o de una entidad sin personalidad jurídica, cuando se presenten solicitudes, escritos o documentos autenticados electrónicamente o, de estar así previsto, previo cotejo de los que hayan sido aportados, utilizando para ello los sistemas de firma electrónica incorporados al Documento Nacional de Identidad u otros sistemas de firma electrónica avanzada admitidos por la Administración General del Estado de acuerdo con los apartados a) y b) del artículo 13.2 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, y con el artículo 10 del Real Decreto 1671/2009, de 16 de noviembre.</p>

	<p>La admisión de los sistemas de firma electrónica a que se refiere el artículo 13.2.c) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, deberá aprobarse mediante Orden del titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración.</p> <p>6. Igualmente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, se entenderá cumplida la obligación de comparecencia personal cuando la presentación electrónica de documentos se realice de acuerdo con lo establecido mediante Convenios de habilitación para la representación de terceros. Dichos Convenios establecerán en todo caso la obligatoriedad de que los profesionales adheridos a ellos se comuniquen con la Administración General del Estado utilizando exclusivamente medios electrónicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio.</p> <p>Para el desarrollo de los Convenios previstos en este apartado, la Administración General del Estado podrá establecer que los profesionales adheridos a ellos creen los correspondientes registros electrónicos de apoderamiento o representación.</p>
9.^a	<p>Normas comunes para la resolución de visados. La resolución de los visados corresponde a las misiones diplomáticas y a las oficinas consulares.</p> <p>Recuerda que en la resolución del visado se atenderá al interés del Estado y a la aplicación de los compromisos internacionales asumidos por el Reino de España en la materia. El visado se utilizará como instrumento orientado al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, en especial la política de inmigración, la política económica y la de seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España.</p>
10.^a	<p>Procedimiento en materia de visados. Se detallan las formalidades que debe reunir el trámite de comparecencia y entrevista personal.</p>
11.^a	<p>Exigencia, normativa y convenios en materia sanitaria. Anterior DA 7.^a No sufre modificaciones.</p>
12.^a	<p>Plazos de resolución de los procedimientos. Se recuerda el Derecho de la UE en materia de plazos para la tramitación de los visados de tránsito aeroportuario, visados uniformes o visados de validez territorial limitada.</p> <p>Desaparece la reducción de la mitad del plazo para la resolución de los expedientes de modificación de las autorizaciones de trabajo.</p>
13.^a	<p>Silencio administrativo. Remisión a la disposición adicional primera de la propia LO 4/2000, de 11 de enero.</p>
14.^a	<p>Recursos. Se incluyen como actos que ponen fin a la vía administrativa las prórrogas de estancia o autorizaciones de residencia y trabajo.</p>
15.^a	<p>Cobertura de puestos de confianza. Anterior DA 12.^a No sufre modificaciones.</p>
16.^a	<p>Cotización por la contingencia de desempleo. No se cotizará por la contingencia de desempleo en actividades de duración determinada y para estudiantes.</p>
17.^a	<p>Informes policiales. Se recuerda expresamente que los informes policiales en materia de seguridad y orden público a emitir en el marco de los procedimientos regulados en este Reglamento contendrán en todo caso el conjunto de la información obrante en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado adscritos a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil o de las policías autonómicas en su caso.</p>

<p>18.^a</p>	<p>Tasas por tramitación de procedimientos. Los órganos competentes para la tramitación de los procedimientos regulados en este Reglamento, salvo los relativos a visados, realizarán, una vez admitida a trámite la correspondiente solicitud, las actuaciones tendentes a la comprobación de oficio de que se ha efectuado el abono de las tasas exigibles.</p> <p>El período de pago voluntario para el abono de dichas tasas será, salvo en los procedimientos relativos a visados, de diez días hábiles, según los casos:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Desde el momento de admisión a trámite de la solicitud. — Desde el alta del trabajador extranjero en la Seguridad Social, en el caso de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, o de su renovación, a favor de trabajadores de servicio doméstico de carácter parcial o discontinuo, o de renovaciones de dichas autorizaciones en ausencia de empleador.
<p>19.^a</p>	<p>Entidades acreditadas para impartir formación a reconocer en los informes sobre esfuerzo de integración. La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de mecanismos de colaboración y cooperación relativos a las condiciones de solvencia técnica, material y financiera a acreditar por entidades privadas que desarrollen actuaciones de formación, en orden a su reconocimiento en informes sobre el esfuerzo de integración del extranjero a emitir por las Comunidades Autónomas y que podrán ser presentados en los procedimientos relativos a la renovación de autorizaciones de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo. Se excluye a las entidades públicas.</p>
<p>20.^a</p>	<p>Desconcentración de la competencia de cierre de puestos habilitados. Anterior DA 16.^a No sufre modificaciones esenciales.</p>
<p>21.^a</p>	<p>Autorización de trabajo de los extranjeros solicitantes de protección internacional. Se sustituye el término «asilo» por «protección internacional».</p>
<p>22.^a</p>	<p>Representantes de las organizaciones empresariales en el extranjero. Anterior DA 18.^a No sufre modificaciones.</p>
<p>23.^a</p>	<p>Facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.</p>
<p>24.^a</p>	<p>Legislación en materia de protección internacional. Los preceptos relativos a la protección internacional contenidos en el presente Reglamento se interpretarán de conformidad con lo dispuesto en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y en el Reglamento de desarrollo de esta última.</p> <p>Parece que falta una referencia, aunque hubiera sido somera, a los tratados internacionales en los que sea parte España, especialmente los de Derechos Humanos.</p>

25.^a	Extranjeros no comunitarios empleados por las Fuerzas Armadas. La normativa que se dicte en desarrollo de este Reglamento, así como las actuaciones de los órganos competentes para su aplicación, tendrán en consideración las especificidades propias de los extranjeros no comunitarios relacionados con las Fuerzas Armadas a través de una relación de servicios de carácter temporal.
------------------------	--

DISPOSICIONES ADICIONAL ÚNICA, TRANSITORIAS Y FINALES

La disposición adicional única determina que las previsiones en materia de identificación y protección de la víctima de trata de seres humanos contenidas en el Reglamento resultarán igualmente de aplicación a las víctimas potenciales de trata de seres humanos nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación del régimen de extranjería de la Unión Europea.

Completando esta panorámica es preciso destacar que la disposición transitoria 1.^a reconoce la validez de las autorizaciones o tarjetas en vigor. A su vez, la disposición transitoria segunda dispone que las solicitudes presentadas con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento se tramitaran y resolverán conforme a la normativa vigente a la fecha de su presentación, salvo que el interesado solicite la aplicación de lo dispuesto en el nuevo Reglamento.

La disposición derogatoria única prevé la derogación del Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, así como cuantas otras disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo dispuesto en la nueva norma reglamentaria. Sin embargo, las previsiones relativas al régimen de internamiento de los extranjeros del anterior Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, permanecerán vigentes hasta la fecha de entrada en vigor del Reglamento previsto en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2009, que debe desarrollar el régimen de internamiento de los extranjeros ⁽²⁷⁾.

La disposición final 1.^a se refiere al título competencial prevalente. La disposición final 2.^a autoriza a los titulares de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior, de Trabajo e Inmigración, y de Política Territorial y Administración Pública para dictar las normas necesarias para la ejecución y desarrollo de lo dispuesto en la nueva norma reglamentaria.

La disposición final 3.^a dispone la entrada en vigor del proyecto de Real Decreto y del Reglamento a los dos meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

(27) Dada la redacción de la disposición derogatoria única que hace permanecer vigentes las «previsiones» del anterior Reglamento relativas al régimen de internamiento de los extranjeros, exige un análisis de los preceptos del anterior Reglamento que no han sido anulados o modificados por el nuevo. Los artículos afectados son: Art. 20.1.d) Prohibiciones de salida (no ha sufrido modificación). Art. 131.5. Duración del internamiento (modifica el período máximo de duración que pasa de 40 a 60 días (art. 235.5)). Art. 131.6 (no ha sufrido modificación en este tema (art. 235.6)). Art. 132.2 (se modifica el plazo máximo de internamiento de 40 a 60 días (art. 236.2)). Art. 133 (no se producen modificaciones esenciales (art. 237)). Art. 141.7 (no ha sufrido modificación en este tema (art. 246.3)). Capítulo VI; Art. 153 [nueva redacción (art. 258)]. Art. 154 (competencia: no se regula en el nuevo RELOEX, permanece vigente el anterior RELOEX). Art. 155 (Creación y normas sobre régimen interno de los centros: no se regula en el nuevo RELOEX, permanece vigente el anterior). Art. 156.4 (Retorno: no se modifica; ahora se recoge en el art.15 RELOEX). Art. 157.4 [Devoluciones: se modifica la anterior redacción (actual art. 22.4)]. Art. 161.1.c) no se modifica ahora se regula en el art. 261.3).

VI. APUNTES CRÍTICOS: ALGUNAS INSUFICIENCIAS Y OBJECIONES

Internamiento de extranjeros. Como recuerda el Dictamen del Consejo de Estado, «se echa en falta: la inclusión del régimen de internamiento de los extranjeros, para cuya aprobación por el Gobierno daba la Ley Orgánica 2/2009 (disposición adicional 3.^a) un plazo de seis meses que ya ha sido sobrepasado, o también se procediera, como han indicado varios organismos e instituciones en trámite de información pública, a la regulación de la residencia y trabajo de los penados extranjeros, prevista en el artículo 36.1 de la Ley Orgánica». Dados los frecuentes problemas que este régimen suscita y su posible colisión con los Derechos Humanos de los internados, la necesidad de regulación de este aspecto se transforma en urgente. Mientras ello suceda continuarán vigentes las disposiciones relativas al régimen de internamiento de los extranjeros contenidas en el anterior reglamento aprobado por RD 2393/2004.

El esfuerzo de integración y el aprendizaje de las lenguas oficiales. Como señalaba el Consejo de Estado, al analizar la propuesta reglamentaria, «la exigencia del aprendizaje del conjunto de las lenguas oficiales ha de situarse en el contexto de la unidad del mercado laboral español y europeo, de modo que lo que ha de asegurarse es un cierto aprendizaje y utilización, pero no su conocimiento y dominio». La redacción final dada en los preceptos reglamentarios, al tratar acerca de los informes sobre el esfuerzo de integración, ha resultado así mucho más concreta y explícita en torno a dicha cuestión lingüística (ver artículo 51.6 del RELOEX).

Ámbito de aplicación. El artículo único determina la aprobación del Reglamento e insiste, como ya lo hacía la LOEX, en regular su aplicación supletoria en los aspectos más favorables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a los incluidos en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y a quienes sea de aplicación la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. En realidad, parece difícil pensar en alguna hipótesis en la cual una norma del Reglamento de Extranjería sea más favorable que el régimen de la ciudadanía de la Unión Europea o que el régimen aplicable a las personas que se benefician del Espacio Económico Europeo.

Investigadores. La limitación mínima de tres meses para la residencia temporal y trabajo para investigación no es demasiado afortunada sino excesivamente encorsetada; en ocasiones la movilidad del investigador exige plazos más cortos, dada la naturaleza de la investigación y la vinculación del investigador extranjero con el proyecto concreto (artículo 74.2 del RELOEX).

Residencia de larga duración. La distinción entre residencia de larga duración y residencia de larga duración-UE parece artificial y debería haberse optado por una sola figura, que obviamente debió ser la residencia de larga duración-UE (Título VI del RELOEX).

Residencia de menores. Para el Consejo de Estado, la exigencia del plazo de dos años para que el menor no nacido en España, hijo de residente en situación legal, pueda obtener una autorización de residencia contrasta con la inexistencia de un plazo semejante

en materia de reagrupación familiar, en cuyo régimen basta la reagrupación para obtener la autorización de residencia, conforme a los artículos 56 y siguientes del Proyecto. Esa diferencia de tratamiento, que sitúa en la irregularidad durante dos años a los menores a que se refiere este precepto, a pesar de la regularidad de la residencia de sus progenitores o tutores, debiera haberse corregido reduciendo el plazo de permanencia exigido. En idéntico sentido se pronunció la Subcomisión de Extranjería del CGAE, pero la petición no fue atendida por los redactores del texto definitivo (artículos 185 y 186).

Litispendencia administrativa. No se acierta a regular adecuadamente la actuación gubernativa en aquellos procedimientos sancionadores que puedan conllevar la expulsión del territorio cuando el expedientado hubiere instado previamente una solicitud de autorización de residencia. A juicio del Consejo de Estado, la actuación gubernativa debe ajustarse a la letra de la LOEX, de modo que las actuaciones tendentes a la expulsión queden paralizadas en tanto no se haya resuelto el procedimiento de otorgamiento de la autorización (artículo 241 del RELOEX).

Manifestación de la voluntad de recurrir (artículo 223). A los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la LO 4/2000, de 11 de enero, el extranjero manifestará su voluntad expresa de recurrir, cuya constancia se acreditará por medio del apoderamiento regulado en el artículo 24 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en el caso de que el extranjero se hallase privado de libertad podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de expulsión ante el Delegado o el Subdelegado del Gobierno competente o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente.

De forma sorpresiva en la redacción última del artículo 223 (anterior artículo 220 del Borrador) hace resurgir una primitiva versión del artículo 22.3 de la LOEX, que fue descartada en la adopción definitiva de la LOEX, que evitó mencionar expresamente el artículo 24 de la LEC, pues la postulación en los supuestos de asistencia jurídica gratuita se produce vía artículo 33 de la LEC⁽²⁸⁾. La redacción dada al artículo reglamentario hace pensar en una posible ilegalidad al introducir requisitos procesales más gravosos, y por tanto discriminatorios para los ciudadanos extranjeros.

Por otra parte, la exigencia de que esta manifestación de voluntad se realice ante el Delegado o el Subdelegado del Gobierno competente o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre puede hacer inoperante esta figura. En el Borrador sometido a trámite de audiencia la manifestación podía ser realizada ante el instructor del expediente o el funcionario del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encontrase, tal y como se viene realizando en la práctica.

(28) En este sentido, ver el Informe de la SubExCGAE, hecho público durante la tramitación de la reforma de LOEX, y que parece fue atendido por el legislador orgánico a la vista de la redacción final del artículo 22.3 de la LOEX. <http://www.internigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=2061>.

Asistencia letrada en procedimientos ordinarios. No queda regulada de forma clara el derecho a la asistencia letrada en los procedimientos ordinarios en que pueda proponerse la expulsión. En los procedimientos ordinarios en los que pueda proponerse la sanción de expulsión de territorio español, el extranjero tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete si no comprende o si no habla castellano, de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita (artículo 227.3).

Comunicación del internamiento. El nuevo artículo 285.5 señala que «si así lo solicitase el extranjero, se comunicará el internamiento a sus familiares, **a la persona a la que haya atribuido su defensa jurídica**, la organización no gubernamental indicada por el extranjero u otras personas residentes en España». Si bien el añadido seguramente pretende tener un contenido garantista, su implementación en la práctica cotidiana pudiera dar lugar a situaciones de indefensión en aquellos supuestos en que esa atribución no esté bien clarificada. Así como en la primera parte de este párrafo 5.º del artículo 258 se obliga al Estado a comunicar a la embajada o consulado del Estado de origen del inmigrante la incoación del expediente, la adopción de la medida cautelar de detención e internamiento y la resolución de procedimiento⁽²⁹⁾, la correcta redacción de la norma debió haber implicado la comunicación al abogado de los mismos documentos, sin necesidad de que el extranjero lo solicitase.

Tratados internacionales. Al contemplar la legislación en materia de protección internacional, sin duda falta una referencia, aunque hubiera sido somera pero en todo caso directa, a los tratados internacionales en los que sea parte España, especialmente los de Derechos Humanos, que afectan de modo importante al extranjero (DA 24.^a).

(29) Aplicando sobre todo el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963, sobre relaciones consulares, en la que España es parte.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Derecho de asilo: denegación. Extensión familiar: no existe una dependencia familiar respecto del refugiado. El hijo tiene una estabilidad económica en su país de origen.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **28 de septiembre de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **310/2009**

Ponente: **Don Eduardo Ortega Martín**

Voz: **Derecho de asilo: extensión familiar. Colombia: denegación**

En sus demandas los recurrentes afirman que la resolución impugnada en nada habría vulnerado el derecho a la extensión familiar del asilo regulado el artículo 10 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo. Según éste se concederá el asilo, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado, o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de efectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría edad o independencia familiar, en los que se valorará por separado la situación de cada miembro de la familia.

Invocan después el derecho a la vida familiar, reconocido en el Texto Constitucional en sus artículos 39 y 18, como vía, a su vez, para el libre desarrollo de la personalidad individual conforme al artículo 10.1 de la misma Carta Magna.

La familia es, además, recuerdan los recurrentes, objeto de protección en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. También lo es en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 23 de marzo de 1976. Y, en fin, en el artículo 16 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961.

Tras ello sitúan su pretensión de extensión familiar en dos niveles: a) la dependencia económica; y b) la dependencia emocional-afectiva.

Con respecto a la dependencia económica contradice la demanda los contenidos del informe de instrucción con respecto a que otro hijo de los ahora recurrentes, don Fausto, es estudiante universitario en su país, lo que en opinión del órgano administrativo sería un indicio de estabilidad económica. Con respecto a ello afirman los actores que Fausto sería una tercera persona, ajena a la cuestión ahora debatida, y que, en todo caso, el hecho de ser estudiante universitario, como signo de estabilidad económica, es un mero juicio de valor. De hecho, nos dicen, el referido Fausto no es económicamente independiente sino que, bien al contrario, sería don Donato (la persona de cuyo asilo se pretende la extensión) quien sufraga los gastos universitarios de su hermano mediante el envío periódico de dinero. Agrega la demanda así que el Ministerio del Interior pretendería que D. Jesús Manuel y doña Rosana dependan económicamente de quien, bien al contrario, a su vez es dependiente de su hermano Donato.

En lo referente a la aportación de un certificado expedido por Colsanitas, a través del cual se obtendría que D.^a Rosana trabajó como «ejecutiva en cuenta» entre junio de 2004 y abril de 2007, retirándose luego voluntariamente, expresan los actores que tal documento no acredita nada puesto que la renuncia de D.^a Rosana no

fue en modo alguno voluntaria, sino que se vieron obligados a abandonar su país de origen, Colombia, debido a la persecución y amenazas de muerte de los que han venido siendo víctimas.

Estas amenazas estarían motivadas por la intención de los paramilitares de encontrar a su hijo Donato, quien, a su vez, fue objeto de persecución en Colombia por parte del grupo paramilitar denominado Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

Vuelven a referirse después los actores a la persecución de la que han sido objeto dada su condición de familiares directos de don Donato, y aducen la situación de inseguridad general en la que se encuentra Colombia y más concretamente su localidad de residencia, Cali, así como, por último, la falta de protección por parte de las autoridades de su país de origen.

Seguidamente se refieren la edad de los interesados, de D. Jesús Manuel, de 70 años, y de D.^a Rosana, de 62.

Ambas edades serían incompatibles, en las tesis de los propios recurrentes, con efectiva independencia económica y familiar, puesto que les impiden acceder al mercado laboral que, en Colombia, se establece como límite a los 60 años para los hombres y 55 para las mujeres.

Además alegan que en Colombia existen unos salarios mínimos anuales para las pensiones más altas, cosa que implica que ningún colombiano pueda cobrar una pensión que supere los nueve millones de pesos. Y, en último término, aluden también a la dependencia afectiva-emo-

cional que sería consustancial con las relaciones familiares y que naturalmente se proyectaría en deberes de protección jurídica de la familia.

(...).

La Sala no considera acreditada, por otra parte, una efectiva situación de dependencia entre los recurrentes y su hijo don Donato, de modo que resulta de aplicación la salvedad reconocida en el artículo 10 de la Ley de Asilo para la extensión familiar, cual es la existencia de «independencia familiar».

Y es que, en unión de la existencia de la pensión ya dicha a favor de la señora recurrente, lo cierto es que los documentos presentados no revelan aquella dependencia económica.

En primer término se aporta por los actores una mera fotocopia común de una certificación de una entidad denominada «Seguro Social para Siempre, Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados», cuya naturaleza y ámbitos de cobertura —de la entidad— se ignoran.

Por ello, el hecho de que esa supuesta certificación fotocopiada refleje que en sus archivos no figura pensión en favor de don Jesús Manuel carece de cualquier valor para concluir con la acreditación de aquel hecho negativo de no posesión de pensión.

Pero tan relevante aun para la Sala como la acreditación de un hecho negativo (aspecto siempre dificultoso) es la falta de capacidad de convicción de aquella mera fotocopia común aportada por los recurrentes.

Derecho de asilo: concesión. Incumplimiento por parte de las autoridades españolas del deber de trasladar al interesado ante las autoridades italianas, siendo por ello responsable el Estado español de resolver la solicitud de asilo.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 20 de octubre de 2010

Recurso Contencioso-Administrativo: 412/2009

Ponente: Don Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández

Voz: Derecho de asilo: concesión. Benin

Del expediente administrativo y de estos autos se deducen las siguientes conclusiones fácticas:

El señor Víctor entró en Europa, por Italia (Lampedusa e Linosa), el 10 de octubre de 2008.

El 1 de diciembre de 2008 solicitó asilo en España.

En aplicación del Reglamento CE/343/2003, con fecha 17 de enero de 2009 las autoridades españolas interesaron a las autoridades Italianas la toma a cargo de la solicitud de asilo del interesado.

El 17 de febrero de 2009 las autoridades españolas enviaron a Italia recordatorio de la toma a cargo.

El 17 de marzo de 2008 la Oficina de Asilo y Refugio solicitó de las autoridades italianas respuesta sobre la toma a cargo del solicitante de asilo, comunicando asimismo que si no obtenían respuesta en el plazo de ocho días se entendería aceptado el requerimiento.

El 20 de marzo de 2009 las autoridades italianas comunicaron a las autoridades españolas que en aplicación del Convenio de Dublín se hacía cargo del solicitante de asilo.

(...).

Ahora bien, como ya hemos avanzado, el traslado a Italia del señor Víctor no ha tenido lugar, habiéndose rebasado el plazo de seis meses previsto en el número 4 del artículo 19 del Reglamento CE/343/2003, —«Si el traslado no se realizara en el plazo de seis meses, la responsabilidad incumbirá al Estado miembro en el que se haya presentado la solicitud de asilo», no resultando de aplicación al presente caso los plazos de un año y dieciocho meses establecidos en el mismo precepto, de modo que la respon-

sabilidad incumbe al Estado miembro en que se haya presentado la solicitud de asilo, esto es, España. Que el traslado a Italia no ha tenido lugar, es claro, puesto que, como ya se ha expuesto, con fecha 6 de agosto de 2009 las autoridades españolas comunicaron a las autoridades italianas que el traslado no era posible por encontrarse el interesado en ignorado paradero.

La Unidad Central de Fronteras comunicó a las autoridades italianas que el señor Víctor se encontraba en paradero desconocido «por haberse fugado». Más tarde, el 7 de septiembre de 2009, la Comisaría Provincial de Guadalajara comunicaba a la Oficina de Asilo y Refugio que el interesado había expresado a dicha Comisaría, vía telefónica, «que su deseo es permanecer en España, aunque sea de manera ilegal», comunicaciones que la Sala no puede tener en consideración puesto que a la Administración compete adoptar las medidas pertinentes para dar cumplimiento a lo establecido en la normativa reguladora, como resulta de lo dispuesto en el Reglamento CE/343/2003 y los artículos 64.5 de la Ley Orgánica 4/2000 y 158.4 del Real Decreto 2393/2004.

En consecuencia, y sin necesidad de entrar en el examen de otras cuestiones, esta Sala acuerda estimar el recurso y acordar la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al trámite de audiencia —artículo 25.1 del Real Decreto 203/1995—, con objeto de que se continúe su tramitación en los términos previstos en la normativa reguladora.

Derecho de asilo: inadmisión a trámite. La potestad de inadmisión persigue dar seriedad al instituto de asilo político, librándolo de pretensiones masificadas y abusivas que lo emplean para evitar el régimen general de extranjería. Razones humanitarias: inexistencia.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **20 de octubre de 2010**

Recurso de Apelación: **197/2010**

Ponente: **Don José Luis Requero Ibáñez**

Voz: **Derecho de asilo: inadmisión a trámite. Relato inverosímil. Guinea Conakry**

(...) el apelante al estar indocumentado no puede acreditar su nacionalidad, lo que en los casos de solicitud de asilo político, priva de vigor y vero-

similitud a los alegatos de persecución, pues no puede apreciarse veracidad cuando se ignora si realmente es nacional del país que dice.

A lo expuesto hay que añadir, por un lado, que llega a España el 26 de julio de 2007 e interesa el asilo el 17 de septiembre siguiente, es decir, una vez que el día 27 de julio se ordena su devolución. A esto añádanse dos circunstancias, la primera que como tiene dicho el Tribunal Supremo (*cf.* STS, Sala 3.^a, Sección 5.^a, 15 de febrero de 2008, recurso 6252/2004) la situación de conflicto interno, tribal o político o de otra naturaleza, aun cuando sea generalizado incluso con debilitamiento de los poderes del Estado y surgimiento de grupos incontrolados no es, por sí sola, causa de reconocimiento de la condición de refugiado y la segunda que poco peso tiene el alegato de que es perseguido por los cristianos por ser musulmán, cuando en su país son musulmanes el 85 por ciento de la población.

En cuanto a que, a tenor del artículo 17.2 de la Ley, por razones humanitarias o causas de interés general, se le permita la permanen-

cia en España pese a no tener derecho al asilo ni poder acogerse a la legislación de extranjería, se precisa que hubiere abandonado el país por motivo de un conflicto o por disturbios de tipo político, étnico o religioso y así conste o se pruebe, (...).

Para acceder a tal pretensión, la Administración debe integrar los conceptos jurídicos indeterminados de «razones humanitarias» o de «interés público», lo que configura el acto administrativo casi como de signo graciable.

Se parte de una situación en la que el extranjero ni tiene derecho al asilo ni a seguir en España de acuerdo con la legislación de extranjería, de ahí que la Administración deba razonar que no concurren esas circunstancias para no acceder a un régimen excepcional de permanencia, del mismo modo que también corre con la carga de razonar por qué en su caso concreto debe accederse a esta peculiar posibilidad.

Solicitud de asilo: no se aporta documento acreditativo de identidad. Relato inverosímil y contradictorio. Se duda razonablemente de la necesidad de protección. No se solicita el asilo nada más entrar en el país. Expediente: se solicita el asilo junto con su hermano. Ambas solicitudes se estudian conjuntamente por basarse en los mismos hechos. Incurren ambos en contradicciones sustanciales como la supuesta muerte de su madre. Se duda de la existencia y veracidad de los hechos. Carece de documentación.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 2 de noviembre de 2010

Recurso Contencioso-Administrativo: 511/2009

Ponente: Don José Luis Sánchez Díaz

Voz: Solicitud conjunta de asilo por dos hermanos nigerianos

Denegación que la Administración fundamenta básicamente en que no aporta documento acreditativo de su identidad, sin que del expediente se desprenda motivo alguno que justifique suficientemente dicha carencia; el relato del viaje efectuado resulta inverosímil y además contradictorio, en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada; el tiempo transcurrido entre la llegada de España y la presentación de la solicitud de asilo hace que pueda razonablemente dudarse de la necesidad de protección; que los hechos no constituyen una persecución de las contempladas en el artículo 1.A) de la Conven-

ción de Ginebra de 1951; y, finalmente, que no se desprenden razones humanitarias o de interés público que puedan justificar la permanencia en España del solicitante de asilo al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

Frente a ello el actor expresa que su familia, que profesa la fe católica cristiana fue víctima de persecución religiosa por parte de musulmanes contra los cristianos de la ciudad de Kano, donde residían, habiendo sido asesinada su madre por este motivo en 2003, lo que originó que tanto él como su hermano Luis Antonio tuvieron que huir del país. También señala al final de su

demanda que concurre una causa humanitaria, aunque no haya podido acreditar una persecución personal.

(...).

A este respecto destaca la instructora del expediente lo que sigue:

«En el presente caso que nos ocupa, el solicitante manifiesta ostentar la nacionalidad nigeriana y haber salido de su país el 1 de noviembre de 2003 habiendo llegado al nuestro el 1 de agosto de 2006 sin que aporte documento alguno que acredite su identidad y/o su nacionalidad, así como tampoco en apoyo de sus alegaciones y basando su petición de asilo en los hechos que a continuación se detallan:

“Declara que sólo tenía a su madre. Era comerciante, vendía cosas. Empezó a haber conflictos entre cristianos y musulmanes. Empezaron a matar a los cristianos. Hay más musulmanes que cristianos. Su madre fue al mercado. No sabe cómo se llama el mercado; era vendedora, en la ciudad de Kano. El solicitante tenía 13 años e iba al colegio, a la Escuela Primaria y Secundaria de Kano. No conoce a su padre y tiene un hermano de madre, pero de otro padre.

Había guerra y mataban a los cristianos. Mataron a su madre en el mercado, en noviembre del 2003 y por eso sale del país. Todo el mundo tuvo que huir. Su hermano vino a España con él. Está aquí, en esta Oficina, y se llama Luis Antonio. Tiene 21 ó 22 años.

Su tribu es Benin. Su madre le dijo que su padre era Benin y su madre es Esan. El habla yoruba muy poco. Sólo inglés. Se le pregunta si desea añadir algo más y responde que lo único es que sabe correr muy bien”.

Antes de entrar en el estudio y valoración del presente expediente, la Instrucción quiere señalar que, el mismo se valorará junto al del hermano del interesado, también solicitante de asilo, que será estudiado por la CIAR en esta misma reunión del mes de abril, (...), al basar ambos sus respectivas solicitudes en los mismos hechos.

En primer lugar, el solicitante no presenta documento alguno que acredite su identidad ni su nacionalidad, sin que de sus alegaciones se

deduzcan motivos suficientes que justifiquen esta ausencia de documentación, ya que, antes de salir podía haber acudido a sus autoridades para documentarse, puesto que los hechos alegados no fueron producidos ni consentidos por las mismas.

En cuanto a los hechos en los que basa su solicitud el solicitante, dice que mataron a su madre en el mes de noviembre del año 2003, saliendo él y su hermano de Nigeria el 1 de noviembre de 2003. Llegaron a Níger, donde permanecieron un mes, después fueron a Argelia, donde estuvieron más de un año y, por último, a Marruecos, donde estuvieron un año y 8 meses.

Manifestando sin embargo el hermano del interesado, respecto a estos mismos hechos, que mataron a su madre el 10 de diciembre de 2002. Llegaron a Níger, donde permanecieron unos 3 o 4 meses; luego fueron a Argelia, donde estuvieron unos 4 meses y, por último a Marruecos, permaneciendo allí unos dos años. (...).

Contradicciones sustanciales estas en que incurrirían ambos solicitantes, de hechos tan relevantes como es la supuesta muerte de su madre que, además, es el motivo de sus solicitudes, así como las fechas en que dice cada uno de ellos haber salido de su país y llegado al nuestro, cuando se supone lo hicieron juntos, que desvirtúan sus alegaciones y constituyen indicios suficientes para dudar de la existencia y veracidad de los hechos en los que basan ambos sus respectivas solicitudes, así como del trayecto que hayan recorrido antes de llegar a nuestro país.

Además, el solicitante, manifestando haber llegado a nuestro país en el mes de agosto del año 2006, sin embargo, no efectúa su solicitud de asilo inmediatamente, sino que lo hace en el mes de diciembre de dicho año. Lo que hace que pueda razonablemente dudarse de la necesidad de la protección demandada.

Considerando esta Instrucción considera que con las alegaciones del solicitante y la información existente en el expediente, existen suficientes elementos de juicio para emitir un criterio sobre la presente petición sin necesidad de mantener una entrevista personal con el interesado».

Derecho de asilo: concesión. El mero hecho de ser de Bangladesh sitúa al interesado en un grupo de riesgo, sufriendo el interesado y su familia amenazas, siendo clara la existencia de un temor fundado. Existencia en Bangladesh de odios étnicos históricos, conflicto político que persiste en la actualidad. Razones humanitarias: existencia.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **3 de noviembre de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **555/2009**

Ponente: **Don Carlos Fernández de Aguirre Fernández**

Voz: **Derecho de asilo: concesión. Bangladesh. Alegaciones inverosímiles**

Con fecha 13 de diciembre de 2007 don Juan Alberto formuló solicitud de asilo en España, en la Jefatura Superior de Policía de Melilla, alegando los siguientes hechos: 1) nació en un campo de refugiados en Dhaka, perteneciendo al grupo étnico de los Beharies, hecho por el que carece de todo tipo de derechos, documentación y escolarización; 2) tras la guerra con Pakistán, los beharies se encuentran marginados y se les niega todo tipo de oportunidades, razón por la que en unión de un primo se trasladó a la India y después, tras un periplo por diversos países, a España.

La solicitud fue desestimada por Resolución del Subsecretario del Interior de 2 de septiembre de 2009, dictada por delegación del Ministro, por los siguientes motivos: a) los hechos alegados no pueden ser considerados como una persecución de las contempladas en la Convención de Ginebra; 2) los hechos alegados reflejan un posible caso de apatridia, sin que esta situación sea el producto de una persecución de las previstas en la Convención de Ginebra, pues del conjunto del expediente no se desprende que la carencia de nacionalidad sea el resultado o el instrumento de una persecución de las contempladas en dicha Norma, sino el resultado de una serie de circunstancias históricas; 3) no se aprecia la existencia de temores fundados de persecución en los términos previstos en artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra. Por otra parte, la resolución razona que no se desprenden razones humanitarias o de interés públicos para autorizar la permanencia en España al amparo del artículo 17.2 de la Ley de asilo.

(...).

Según se deduce de las actuaciones, señor Juan Alberto pertenece a la etnia Bihari y ha residido en calidad de refugiado en el Sector I del Geneva Camp, Dacca (Bangladesh), hasta su salida de Bangladesh en 2005.

El motivo de la salida de dicho país, y sobre esta cuestión las alegaciones del interesado son claras y convincentes, no es otro que la falta de todo tipo de reconocimiento de los integrantes de dicha etnia por parte de las autoridades, pues según manifestó no tienen reconocida la residencia, carecen de pasaporte, no pueden votar, no pueden optar a buenos trabajos ni contraer matrimonio con nacionales bengalíes. En definitiva, que a consecuencia de una serie de acontecimientos históricos que no son del caso exponer, los biharies constituyen una minoría marginada que, al menos en parte, vive, o malvive, en campos de refugiados. Como consta en el informe de la Inspección, se trata de un grupo de personas a las que no se les ha reconocido nunca la nacionalidad bengalí ni pakistaní. En este sentido, la Sala comparte el criterio de la Instrucción en el sentido de que el presente caso pisa los umbrales de la apatridia. Pero no es esta la pretensión ejercitada.

La Sala estima que la documentación aportada demuestra la condición de behari del interesado, y así parece aceptarlo también la Administración e igualmente puede deducirse del informe emitido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en el cual se incide en que las alegaciones del interesado «conducen con el hecho de que los solicitantes hayan permanecido en situación de ilegalidad en España durante los dos últimos

años, con una orden de expulsión dictada desde entonces, puesto que es precisamente su condición de bihari la que hace imposible su devolución a su país de origen».

No está del todo claro si el señor Juan Alberto posee o no nacionalidad, bengalí u otra, aunque de lo actuado parece ser que no. No obstante, esta cuestión no puede erigirse en obstáculo en el presente caso, pues la pretensión ejercitada, vistos los términos del artículo 1.2) de la Convención de Ginebra, a la que se remite la Ley 5/1984, se extiende también a las personas que «carecen de nacionalidad». Por lo demás, visto en informe emitido por el Alto Organismo de las Naciones Unidas para los Refugiados, el hecho de que el recurrente haya

permanecido en España durante casi dos años sin solicitar asilo es de relativo peso y no puede considerarse determinante de la verosimilitud o no de sus manifestaciones.

(...) persiste en la actualidad —ya hemos dicho que vivía en un campo de refugiados y que todo apunta a que carece de nacionalidad— y no parece tener visos de solución, por lo que valorando sus concretas circunstancias, la Sala estima que su retorno a Bangladesh podría vincularle a una situación de riesgo real de peligro y desprotección, incompatible con el disfrute de los derechos inherentes a la persona, razones que justifican la aplicación del artículo 17.2 de la Ley de asilo, y, en consecuencia, su derecho a la permanencia en España por razones humanitarias.

Derecho de asilo: denegación. Nacional nepalí que basa su solicitud en su pertenencia a un colectivo determinado, sin aportar elementos personales o circunstanciales que indiquen que haya sufrido, o tenga un temor fundado de sufrir una persecución personal por esta causa. Las alegaciones del solicitante han perdido toda vigencia actual y basar hoy una petición de asilo en la persecución por parte de guerrillas maoístas en Nepal es algo que carece de fundamento.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **15 de noviembre de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **319/2008**

Ponente: **Doña Ana Isabel Gómez García**

Voz: **Derecho de asilo. Denegación. Nacional de Nepal. Persecución inexistente**

Se dirige el presente recurso contra la resolución de fecha 9 de enero de 2008, dictada por el Subsecretario de Interior, por delegación del Ministro del Interior, denegatoria del reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo al recurrente, Cayetano, nacional de Nepal.

Se razona en los fundamentos de dicha resolución, como motivos de la denegación del asilo solicitado, en síntesis, que basa su solicitud en su pertenencia a un colectivo determinado, sin aportar elementos personales o circunstanciales que indiquen que haya sufrido, o tenga un temor fundado de sufrir una persecución personal por esta causa, y cuando, según la información disponible sobre su país de origen, la mera pertenencia a tal colectivo no determina necesariamente la existencia persecución ni justifica suficientemente un temor fundado a sufrirla.

Los principales hechos constitutivos de la persecución alegada por el solicitante han perdido toda vigencia actual, pues en su país de origen se han producido cambios fundamentales que atañen directamente a los problemas alegados por el solicitante, de tal manera que puede afirmarse que la persecución alegada o el temor manifestado carecen de fundamento en las actuales circunstancias.

(...).

En sentencias de fecha 12 de marzo de 2009 y de 1 de marzo de 2010, la Sala tuvo ocasión de pronunciarse sobre otras solicitudes de asilo de nacionales de Nepal, que alegaban idénticos motivos que el hoy recurrente, siendo desestimado el recurso con base, entre otros, en los siguientes razonamientos:

«Pues bien, a la vista de lo actuado en el expediente administrativo y en esta sede jurisdiccional hemos de convenir con la Administración que el relato presentado carece de toda vigencia y la actualidad y no es expresivo propiamente de una persecución en el sentido indicado en la legislación de asilo. Como indica la Instrucción, la narración de persecución resulta sumamente genérica, pues sólo se basa en las dificultades socio políticas que afectan a todas las ciudades del país, que se vincula a la actuación de las guerrillas maoístas durante la primavera del año 2006. Pero tal situación ha cambiado radicalmente, siendo muy distinta la realidad actual que no encaja en alguna de las causas concretas de persecución personales previstas en la legislación de asilo. Por otra parte, la falta de aportación de un relato de una situación de represión u hostigamiento singular o concreta sobre el actor no ha sido contrarrestada mediante prueba idónea o al menos indiciaria, pues ningún esfuerzo probatorio se ha realizado en este proceso para justificar la realidad de una persecución personal sobre el demandante, en que la única documentación aportada se refie-

re a la situación laboral del recurrente, a ciertos cursos de formación, certificado de empadronamiento, Seguridad Social y otros que no aportan ningún elemento ni dato relevante sobre la invocada persecución padecida. Lo anteriormente expuesto sobre el cambio de la situación social y política en dicho país y la aportación de un relato genérico que únicamente se basa en dichas circunstancias sociales y políticas que han cambiado sustancialmente, determinan que no se advierta Razonamientos que son de perfecta aplicación al caso que nos ocupa, pues no existe prueba directa ni indicio probatorio de entidad para considerar acreditado, aun de manera indiciaria, que el recurrente haya sido objeto de persecución individualizada en su país, o tenga un racional temor a ser objeto de persecución, por alguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra y en la Ley de Asilo. Ausencia de elementos probatorios que no permite acoger su pretensión de reconocimiento de la condición de refugiado. Por lo que entiende la Sala que es plenamente acertado y ajustado a Derecho el criterio en que se fundamenta la resolución denegatoria del asilo aquí impugnada».

Derecho de asilo: denegación. Nacional de Colombia. Amenazas contra la integridad de su vida y la de su familia, por el hecho de haber ejercido sus labores como funcionario público. El recurrente no aporta material probatorio suficiente para acreditar que ha sufrido agresiones personales graves en su propio país, Colombia, como consecuencia de la situación de inestabilidad y violencia allí existente. No ha lugar.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 26 de noviembre de 2010

Recurso de Casación: 5481/2007

Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López

Voz: Denegación de asilo: nacional de Colombia. Agresiones personales

En este sentido, cabe señalar que el recurrente no ha aportado material probatorio suficiente para acreditar que ha sufrido en su entorno personal inmediato y directo una persecución de las características exigidas por la legislación vigente para que le sea concedido el asilo solicitado, en el sentido de que padezca un fundado y razonable temor de sufrir agresiones personales graves en su propio país, Colombia, como consecuencia de la situación de inestabilidad y violencia allí

existente. Esta y no otra es la conclusión que, a juicio de la Sala, cabe alcanzar tras examinar la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso del demandante, el cual no ofrece un relato fáctico coherente y verosímil de persecución en sede administrativa (como apreció también en su momento la Instructora del expediente) y tampoco lo hace en esta instancia jurisdiccional. Los numerosos documentos aportados sirven para acreditar indiciariamente que el recurrente, en

efecto, se vio inmerso en un conflicto con ocasión de su trabajo como Director de Recursos Humanos en el SENA de Antioquía.

Como pone de manifiesto la Instrucción, del conjunto del material probatorio incorporado a autos se desprende que surgieron discrepancias en el seno de SENA como consecuencia de la interpretación dada al alcance de las prestaciones de los servicios medios de dicha entidad, lo que origina las denuncias de irregularidades por parte del recurrente y la oposición de ciertos beneficios a sindicatos (...) pero, estos conflictos y eventuales amenazas que se insertan en el ámbito expresado no cabe equipararlos ni subsumirlos como uno de los supuestos de persecución por alguno de los motivos previstos en la legislación sobre asilo, pues, en realidad las amenazas descritas, además de no estar suficientemente acreditadas carecen de la entidad y relevancia necesarias para poder afirmar que nos hallamos ante alguna de las causas previstas en la legislación de asilo.

En consecuencia, la Sala estima que en este caso no aparece en modo alguno justificada la necesidad de protección del recurrente ante la realidad y vigencia de una persecución personal en su país, Colombia, por causa prevista en la legislación aplicable en materia de asilo.

(...).

Razona la parte recurrente, en este segundo motivo, que si bien la sentencia impugnada señala que no se han acreditado circunstancias excepcionales que permitan concluir en la existencia de motivos humanitarios, y que el recurso de casación no está configurado como una segunda instancia, sin embargo —se arguye—, no existe duda de que el solicitante de asilo «ha recurrido a todas las instituciones de su país solicitando su protección, sin que la haya obtenido». Este motivo está también formulado en los mismos términos que el descrito en el supuesto a que se refiere la tan citada sentencia de esta Sala de 26 de junio de 2008, por lo que obligado será dar la misma respuesta.

(...).

En consecuencia, «no se han alegado ni cabe apreciar otras específicas razones que permitan acceder a la petición subsidiaria de que se permita la permanencia en España por razones humanitarias, al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo, pues la sola condición de nacional de Colombia no es razón suficiente a estos efectos», como hemos declarado en Sentencia de 29 de mayo de 2008.

Denegación de asilo. La recurrente ha formulado su solicitud bajo una identidad que no se ha acreditado mínimamente. Tampoco la de los dos hijos menores, habiendo nacido el segundo en Camerún. Frente a la falta de acreditación no se ha solicitado en el período de prueba ningún medio de prueba. Lejanía entre el momento de producirse los hechos alegados y la petición de asilo. No resulta acreditada la necesidad actual de protección ni justificada mínimamente la falta de petición de tal protección. Para la concesión del asilo bastan indicios suficientes de que el solicitante tiene fundado temor de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **3 de diciembre de 2010**

Recurso de Casación: **5306/2007**

Ponente: **Don Mariano de Oro-Pulido y López**

Voz: **Denegación de asilo: Congo. Falta de acreditación de la persecución alegada**

«En el expediente administrativo consta el informe de la instrucción que destaca los siguientes motivos para denegar el reconocimiento del derecho de asilo: la no presentación de algún documento acreditativo de la identidad de la recurrente y de los dos hijos menores máxime

cuando el segundo hijo habría nacido en Camerún, asimismo oculta los documentos que debió utilizar para poder viajar en avión desde Congo Brazzaville hasta Camerún y desde Camerún hasta Marruecos; el relato de la solicitante se refiere a unas circunstancias demasiado alejadas en el

tiempo que no precisarían de protección, máxime cuando el relato resulta sumamente genérico, falto de contenido informativo e inverosímil ya que los problemas de origen étnico durante el año 1998 se concretaron en la persecución de los rwandeses de la etnia tutsi y la solicitante dice ser yansi; hay que resaltar que iniciada la masacre en el año 1998 en Congo Brazzaville se gestionó con éxito un programa de evacuación y ayuda a los desplazados del país vecino por este motivo, sorprendiendo que no hubiese solicitado tal protección; la solicitante no acredita ninguna de las circunstancias, ni la procedencia materna ni la etnia de esta ni siquiera acredita su identidad y nacionalidad. Por último, se indica que la solicitante ha tenido oportunidad de obtener protección en otros países con anterioridad, fundamentalmente en Congo Brazzaville y Camerún, pudiendo dudarse de la necesidad de la protección demandada y no existiendo razones para aplicar el artículo 17.2 de la Ley de asilo.

(...).

Respecto a la persecución alegada, como se indica en el informe de la instructora, no ha quedado indiciariamente acreditada, pues la documental aportada se limita a describir la situación general de la República Democrática del Congo, pero no se cohonestaba la misma con el concreto relato de la recurrente que describe un tremendo hecho aislado sin incorporar una información suficientemente detallada de las cir-

cunstancias anteriores y coetáneas al mismo. A esa falta de información se une la lejanía entre el momento de producirse los hechos alegados y la petición de asilo, 6 años, de forma que no resulta indiciariamente acreditada la necesidad actual de protección ni justificada mínimamente la falta de petición de tal protección bien en Congo Brazzaville país en el que, como se recoge en el informe de la instrucción, se gestionó un programa de evacuación y ayuda a los desplazados o en Camerún donde permaneció seis años.

(...).

La recurrente insiste en la situación sociopolítica del país del que dice proceder y añade que esa situación proporciona un soporte indiciario suficiente para su relato, pero nada dice acerca de las específicas razones por las que la Administración y la propia Sala de instancia coincidieron en rechazar su petición de asilo, a saber: porque no ha aportado ninguna documentación acreditativa de su identidad, sin que existan motivos para dejar de hacerlo; porque los hechos que relata son lejanos en el tiempo, y porque ha podido solicitar y obtener protección en terceros países donde permaneció durante largo tiempo antes de venir a España. Siendo cada una de estas razones, por sí sola, justificativa de la denegación del asilo, ocurre que nada útil se dice en este primer motivo de casación que permita rebatirlas, así que es claro que el motivo no puede prosperar.

Denegación de asilo. Prueba: La denegación de la prueba de designación de un perito sociólogo del ACNUR, o subsidiariamente del Colegio de Sociólogos de Madrid, fue correcta, porque se trata de una prueba documental por vía de informe, y no pericial, porque existían antecedentes en la Secretaría de la Sala sobre el país de origen del solicitante (Colombia), y porque la desestimación del recurso se basó en la inverosimilitud que se imputaba al relato de la persecución invocada. Denegación de prueba de incorporación de alegaciones al expediente: reposición de actuaciones.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 17 de diciembre de 2010

Recurso de Casación: 4055/2008

Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López

Voz: Denegación de asilo: nacional de Colombia. Relato inverosímil

Con relación a la prueba número 4, consistente en la solicitud de designación de perito

sociólogo del ACNUR, o subsidiariamente del Colegio de Sociólogos de Madrid, «con cono-

cimiento especializado en Colombia, y en el contexto de la solicitud de asilo cuya denegación se recurre, para la emisión de dictamen sobre la verosimilitud de las alegaciones del recurrente», la denegación de la prueba fue correcta, por las siguientes razones: Primero, porque como se ve, la prueba no es en absoluto materia de una pericia, sino de una documental por vía de informe; segundo, porque la Sala de la Audiencia Nacional especificó (al rechazar el recurso de súplica) que la denegación de la prueba era procedente porque ya existían antecedentes en la Secretaría de la Sala sobre el país de origen del solicitante; y tercero, porque la Sala de instancia no desestimó el recurso por dudar de la situación que sufre Colombia, sino por la inverosimilitud que se imputaba al relato de la persecución invocada, sobre todo, por las numerosas contradicciones encontradas en los relatos de los solicitantes a que corresponden los diferentes expedientes objeto de un informe común, tanto si se comparaban los relatos de unos con los de otros, como si se comparaban los realizados por una misma persona en diferentes momentos, así como por la escasa fiabilidad de la documentación aportada. Sobre esas cuestiones, que eran las verdaderamente relevantes para el enjuiciamiento del caso, poco útil podía decir el informe pretendido, por lo que desde esta específica perspectiva, la prueba pedida por el actor se revelaba innecesaria, y

su denegación no infringió el artículo 24.2 de la Constitución.

Ahora bien, distinta será nuestra conclusión en relación con la prueba propuesta bajo el ordinal 3.º, relativa a la incorporación al expediente de las alegaciones de los solicitantes de asilo correspondientes a los expedientes sobre los que se basó el Informe de la Instructora para considerar contradictorias las declaraciones del recurrente. En relación con este concreto extremo, el motivo debe ser estimado, por las siguientes razones: primero, porque la decisión de la Sala de instancia, al denegar la práctica de este medio probatorio propuesto por el actor, carece de motivación suficiente que la sustente; y segundo, porque conocer con detalle las alegaciones efectuadas por aquellos otros solicitantes de asilo en cuyas declaraciones se basa la instructora del expediente para considerar contradictorias las declaraciones del recurrente, no es impertinente o irrelevante para la adecuada decisión del litigio, pues no cabe descartar que ese conocimiento detallado pudiera permitir al aquí recurrente explicar o rebatir las contradicciones apreciadas y llegar a proporcionar base bastante, bien directamente, bien por la vía de las presunciones, para afirmar lo que exige el artículo 8 de la Ley 5/1984, que no es la existencia de una prueba plena, sino la de unos indicios suficientes de que sea fundado el temor del solicitante de asilo de poder ser perseguido por grupos terroristas.

Derecho de asilo: denegación. El recurrente no ha acreditado la realidad de una persecución personal susceptible de incardinarse en el marco jurídico de asilo, existiendo dudas más que fundadas sobre su propia identidad. No se aprecian razones humanitarias a favor de su autorización de permanencia en España, por no constar que, caso de regresar a su país, corran riesgo o peligro su vida o integridad física. Desestimación.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **23 de diciembre de 2010**

Recurso de Casación: **4898/2007**

Ponente: **Don Mariano de Oro-Pulido y López**

Voz: **Denegación de asilo: RD Congo. Ausencia de razones humanitarias**

Pues bien, el promovente nada ha acreditado, ni directa ni indiciariamente, sobre la realidad de una persecución personal susceptible de ser

incardinada en el marco jurídico de asilo, existiendo dudas más que fundadas sobre su propia identidad, presentando unos documentos de du-

dosa fiabilidad y responder su relato a un prototipo que ya ha sido objeto de atención por esta Sala en supuestos similares, asumiéndose en su plenitud el detallado Informe de la Instrucción, en el que, orillando alguna imprecisión o consideración irrelevantes con relación al fondo del asunto, se contiene una razonable justificación de la decisión administrativa (...):

El solicitante presenta documentación acreditativa de su identidad que contiene irregularidades sustanciales:

En efecto, aporta una Atestación de pérdida de documentos de identidad (...) abundan las falsificaciones que se encuentra expedida con posterioridad a la llegada del solicitante a nuestro país. La tarjeta está expedida el 29 de octubre de 2004 en Kinshasa, sin embargo, la petición de asilo del interesado es de fecha 22 de julio de 2004, por lo que difícilmente podría haber obtenido dicha acreditación.

Además la tarjeta carece de la validación de la ANR (Agencia nacional de Investigación) y del Ayuntamiento de Kinshasa, ambas preceptivas en este tipo de documentos.

El documento ha sido enviado a la Comisaría General de extranjería y documentación para su análisis sin que se hayan podido pronunciar sobre el mismo ya que, según informan, carecen de espécimen similar al remitido para poder realizar el correspondiente cotejo. Sin embargo, sí reseñan la pésima calidad de elaboración del mismo.

El resto de los documentos aportados: Diploma de Fin de estudios datado el 14 de julio de 1988 y certificado de finalización de prácticas de 15 de julio de 1988 no resultan suficientes para considerar acreditada la veracidad de la identidad alegada ya que no son considerados documentos que tengan ningún valor a efectos identificativos.

En cualquier caso a juicio de esta instrucción el interesado oculta el pasaporte con el que necesariamente —según sus alegaciones— habría volado desde Congo Brazzaville hasta Abidján y de allí hasta Marruecos.

El relato resulta sumamente genérico, inconcreto y falto de contenido informativo, por

otro lado tal y como lo formula el solicitante y según la información disponible sobre el país de origen resulta inverosímil, y no queda acreditado en modo alguno. Además sus alegaciones coinciden con un «prototipo» de solicitudes que parecen responder a un «relato preparado» que se hizo relativamente frecuente a raíz del intento de golpe de estado acaecido en el mes de junio de 2004. Todo ello será valorado a continuación:

«En el momento de su solicitud el interesado presentó un escrito de alegaciones redactado a puño y letra y firmado por él mismo cuya traducción obra en el expediente en dicho escrito interesado manifestó que residía en Kinshasa y que dos semanas antes de su petición de asilo un primo suyo, que era antiguo miembro de la División especial Presidencial, se hospedó en su casa. El 11 de junio se produjo un intento de golpe de estado y la guardia presidencia encontró en su casa armas que eran propiedad de su primo, aunque su primo había desaparecido. Por ese motivo dice haber sido detenido y preguntado por —sic— su paradero, siendo torturado, encerrado en un subterráneo hasta el día 20 de junio en que dice haber sido liberado sin entender por quién, aunque cree que fue por intercesión de su primo (hecho que resulta incongruente). Alguien le dejó junto a una canoa y allí le ayudaron nada menos que a llegar hasta Ceuta.

El interesado no presenta ni un solo elemento que permita relacionar los hechos alegados con la persona del interesado —suponiendo que la identidad alegada sea la verdadera—. Hay que tener en cuenta que el interesado enmarca su relato en un hecho real —el intento de golpe de estado contra Joseph Kabila de 10 de junio de 2004— sin embargo, ello no significa que este hecho tan conocido y divulgado por los medios de comunicación le haya afectado a él directamente. En primer lugar no coinciden las fechas ya que el solicitante sitúa la llegada de su primo a su casa dos semanas antes de su petición de asilo, es decir, a principios del mes de julio de 2004, cuando los acontecimientos del golpe se registraron un mes antes. No se entiende que un supuesto primo utilizara precisamente su casa como centro base del gol-

pe y que se dejara allí las armas, tampoco se entiende su misteriosa desaparición, ni la información de la guardia presidencial para ir a buscarle precisamente a casa del interesado, ni que éste fuera detenido en un lugar tan inconcreto, ni que fuera preguntado por un paradero que el interesado no tendría por qué conocer. Desde luego resulta incongruente el modo en que dice haber sido no sólo liberado de la supuesta prisión sino, incluso acompañado hasta llegar a ser puesto a salvo tras saltar a la frontera de Ceuta. Tampoco se entiende que de haber sido cierto, el interesado huyera del país de tal forma, dejando allí a su mujer e hijos, ni el hecho de que no haya presentado ni un solo elemento relevante en casi un año transcurrido desde la presentación de su solicitud. En definitiva, a la vista de todos los elementos, esta instrucción no otorga ninguna credibilidad al relato del —sic— solicitante. Además hay que señalar que esta solicitud responde a un prototipo de solicitudes que se han hecho muy habi-

tuales a partir del intento de golpe de estado en RD Congo.

No presenta ningún elemento probatorio de los hechos o circunstancias acreditativos de la persecución alegada. El interesado se limita a presentar varios certificados de calificaciones escolares expedidas en Kinshasa, que en absoluto tiene que ver con las circunstancias alegadas.

Ha tenido oportunidad de solicitar protección en otros estados —Congo Brazzaville, y Marruecos— países por los que, según sus alegaciones, habría transitado y residido hasta llegar a nuestro país, no habiéndolo hecho así, por lo que puede razonablemente dudarse de la necesidad de la protección demandada».

No se aprecian razones humanitarias a favor de su autorización de permanencia en España (artículo 17.2 de Ley de Asilo), por no constar que, caso de regresar a su país, corran riesgo o peligro su vida o integridad física (artículo 31.3 del Reglamento de la Ley de Asilo).

EXPULSIÓN

Expulsión del territorio nacional: prohibición de entrada extensiva a países firmantes del Acuerdo Schengen. No se vulnera el principio de proporcionalidad: la Administración puede optar por sanción económica o expulsión. El fin de la expulsión es hacer efectivo el control de acceso al país. La sanción económica no es adecuada pues no restaura la situación jurídica infringida. No se acredita documentalmente y de forma suficiente el arraigo. No se ha realizado ninguna gestión para regularizar la situación en el país.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia**

Fecha: **29 de septiembre de 2010**

Recurso de Apelación: **7/2010**

Ponente: **Don Fernando Seoane Pesqueira**

Voz: **Expulsión del territorio: confirmación**

La apelante funda su apelación, en primer lugar, en la vulneración del principio de proporcionalidad, pues entiende que la sanción precedente es la de multa y no la de expulsión, basándose en la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual sólo procede la expulsión cuando consten en el expediente otros datos o circunstancias negativas que sean de tal entidad que, unidos a

la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión; y entiende que en el caso presente existe una situación de arraigo por causas familiares, sociales o económicas, al estar la señora Reyes empadronada, conviviendo con sus dos hijos en una vivienda de alquiler que abona, junto con los demás gastos que generan ella y su familia, con la realización de trabajos en España,

además de tener un hijo menor de edad debidamente escolarizado y familia en la misma localidad en la que vive, que cuentan con residencia legal en España y que disponen de medios para mantenerla a ella económicamente si fuera necesario.

Dicha alegación no puede prosperar debido a que la sentencia apelada es acorde a la interpretación jurisprudencial del principio de proporcionalidad de la sanción en esta materia de extranjería en relación con la infracción grave prevista en el artículo 53.a) de la Ley 4/2000. En efecto, si bien es cierto que la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, (...), para considerar justificada y proporcionada la sanción de expulsión, ha tenido en cuenta otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, cuyos datos eran de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justificaban la expulsión, no se puede decir que en el caso de autos no esté justificada la expulsión ni la Sala aprecia vulneración del principio de proporcionalidad por su aplicación, pues desde que la recurrente entró en España por el aeropuerto de Barajas el 25 de junio de 2005 no realizó ningún tipo de gestión para regularizar su situación, ya que ni siquiera trató de obtener la autorización de residencia y de trabajo, pese a que manifiesta que realizó trabajos en nuestro país, además de que no presenta ninguna documentación que demuestre tener algún tipo de arraigo que pueda dar lugar a una posterior autorización de residencia legal. Aún es más, pese a dicha ausencia de regularización documental la demandante ha dado muestras de tratar de prolongar esa situación irregular, puesto que se ha empadronado en Monforte de Lemos, ha arrendado una vivienda, de la que abona el agua, gas y electricidad, y dice haber realizado trabajos en nuestro país durante los más de dos años que ha permanecido en el mismo, a todo lo cual se añade que ni acredita que tenga familia con residencia legal en España, ni consta que su hijo Ricardo se encuentre legalmente en España, sino todo lo contrario. En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre y 26 de diciembre de 2007, han declarado suficiente para reputar acreditada la proporcionalidad que «cuando se le detuvo y se le expulsó (al extranjero) carecía de cual-

quier documentación habilitante para su válida permanencia en España y no estaba pendiente de resolución ningún expediente para la concesión o renovación de un permiso de residencia en su favor». En la de 26 de diciembre de 2007 el Tribunal Supremo, así como en la de 27 de mayo de 2008, declararon que «la permanencia ilegal y la ausencia de documentos de identificación son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa», respaldando la primera de ellas la argumentación de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que desestima el recurso contra una sanción de expulsión razonando que no se ha demostrado «ninguna actividad del recurrente conducente a regularización documental de ningún tipo».

(...).

La demandante alega que ha promovido la obtención del permiso de residencia e incluso de la adquisición de la nacionalidad española, pues dice cumplir los requisitos exigidos en el Código Civil, pero nada acredita ni en cuanto a aquél ni respecto a ésta.

(...).

Por último, la apelante alega la falta de motivación de la resolución sancionadora. Tampoco este motivo puede prosperar porque en la dictada por la Subdelegación del Gobierno en Lugo se contienen argumentos suficientes para optar por la sanción de expulsión, en concreto se razona, en primer lugar, que es la sanción más adecuada debido a que es la que restaura la situación jurídica infringida, pues si se opta por la multa se habrá conseguido el objetivo primordial de permanencia en España pese a la ilegalidad de la situación, en segundo lugar que la imposición de la multa conduce en la mayoría de los casos a la impunidad porque quien entra o permanece de forma irregular carece de ingresos económicos regulares o fijos o bien de llegar a tenerlos son muy escasos y por ello inembargables, en tercer lugar que no consta arraigo en España, revelando una persistente voluntad de infringir la legislación laboral, de Seguridad Social y de extranjería, y en cuarto lugar que, atendiendo a la finalidad perseguida por la regulación de la entrada, tránsito y es-

tancia en territorio español de los extranjeros, la acción cometida tiene una notable trascendencia en la medida que impide hacer efectiva la exigencia de que el extranjero que pretenda

residir y trabajar en España debe obtener la autorización de trabajo y residencia.

Por todo lo cual procede la desestimación del recurso de apelación.

Expulsión de extranjero: no existe vinculación para el Tribunal por el hecho de que el acusado acepte la petición de expulsión formulada por el Ministerio Fiscal. Condena a nueve años de prisión por delito contra la salud pública.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **30 de septiembre de 2010**

Recurso de Casación por infracción de ley: **10575/2010**

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Voz: **Expulsión. Delito contra la salud pública. Nacional de Brasil**

Se formaliza un único motivo —apoyado por el Ministerio Fiscal— con fundamento en el art. 849.1 de la LECrim, infracción de ley, error de derecho, por aplicación indebida del art. 89.1 del CP. Estima el recurrente que, habiéndose conformado con la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, debió haberse accedido a la solicitud de que el acusado fuera expulsado del territorio nacional, una vez alcanzara el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena o fuera progresado al tercer grado penitenciario.

A juicio de la defensa, el Tribunal de instancia debió haberse pronunciado sobre la procedencia de esa medida sustitutoria. El argumento que hace valer la sentencia de instancia, referido a que el acusado no fue preguntado sobre sus circunstancias personales, familiares y sociales en orden a decidir sobre ese punto, carece de consistencia. Se produce con ello, además, una clara indefensión al penado, toda vez que la decisión sobre la expulsión del territorio nacional tiene su cauce natural de resolución en la propia sentencia.

El motivo no puede prosperar.

(...).

En el presente caso, el Tribunal *a quo* se ha pronunciado de forma expresa sobre la improcedencia de la expulsión ante la falta de los datos fácticos que podrían justificar aquélla.

No existe, pues, una mutación sobrevenida de la pena impuesta, sino el rechazo de una solicitud que, por las razones expuestas, conduce precisamente a excluir la alternativa representada por la expulsión. No es obstáculo para esta conclusión el hecho de que la Audiencia Provincial difiera un posible replanteamiento de la cuestión, para el caso en que así lo interese el recurrente y ya en el marco de la legislación penitenciaria, al momento de la ejecución de la sentencia.

(...).

En suma, no se causó indefensión alguna al recurrente. Tampoco procede —en los términos interesados por el Ministerio Fiscal— la remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial con el fin de que vuelva a pronunciarse sobre la expulsión solicitada. En efecto, el órgano sentenciador ya ha resuelto de forma motivada acerca de la improcedencia de la expulsión, ha razonado sobre la ausencia de los elementos fácticos precisos para acordar la sustitución y ha estimado, en fin, que la conformidad del condenado no genera grado alguno de vinculación para el Tribunal. Tal cuadro argumental permite concluir que, ni por la vía prevista en el art. 89.1 del CP para las condenas inferiores a 6 años, ni por la excepción habilitada por el párrafo segundo del mismo precepto para aquellas condenas que desborden aquel límite, puede resultar atendible la sustitución interesada.

Estancia irregular en España: sanción de expulsión del territorio. Prohibición de entrada. Medida desproporcionada: datos que evidencian la permanencia en España. Continuidad y estabilidad en el país. Empadronamiento y domicilio conocido. Arraigo en España. Estimación recurso: sustitución de sanción de expulsión por multa. Vulneración del principio de proporcionalidad.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia**

Fecha: **11 de octubre de 2010**

Recurso de Apelación: **335/2009**

Ponente: **Doña Consuelo Uris Lloret**

Voz: **Estimación recurso por sanción de expulsión desproporcionada**

La sentencia apelada desestima el recurso contencioso administrativo formulado por la recurrente contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Murcia de 20 de julio de 2007, por la que se acordó la expulsión de la misma y la prohibición de entrada en España durante cinco años, (...), por encontrarse irregularmente en territorio nacional por carecer de documentación expedida por las autoridades españolas que autorice su presencia en España.

Fundamenta la apelante el recurso de apelación en la vulneración del principio de proporcionalidad, al no constar en el expediente circunstancias negativas que justifiquen la imposición de la sanción de expulsión.

(...).

Si aplicamos la doctrina contenida en las últimas Sentencias del Tribunal Supremo citadas, observamos que en el presente caso la resolución sancionadora impugnada acuerda la expulsión por carecer la recurrente de documentación expedida por las autoridades españolas que autorice su presencia en España. Ha de tenerse presente que el supuesto del que parte el TS para justificar la expulsión no es que el intere-

sado carezca de documentación que le autorice para residir en España, ya que en ese caso nunca podría imponerse la multa pese a estar prevista por el art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000 para este tipo de infracciones, sino cuando carezca de documentación que le identifique y determine su filiación, que es otra cosa. En este caso consta en el expediente que la recurrente estaba empadronada en Murcia desde el día 25 de abril de 2006, teniendo un domicilio conocido. Con la demanda se aportó certificado de empadronamiento, en el que consta su n.º de pasaporte y resolución de asignación de número de la Seguridad Social, en el que figura el mismo n.º de pasaporte. Por tanto, desde la incoación del procedimiento sancionador la interesada estaba plenamente identificada y tenía un domicilio conocido. Estos documentos evidencian una permanencia de la recurrente con cierta continuidad y estabilidad en nuestro país, sin que consten circunstancias negativas de tal entidad que justifiquen la sanción de expulsión, por lo que ha de concluirse que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad, puesto que procedía la imposición de una sanción de multa en vez de la de expulsión.

Orden de expulsión del territorio: petición de residencia inadmitida en dos ocasiones. Detención por la comisión de un delito. Estancia irregular en España. Infracción grave. Pendiente de resolución petición de permiso de trabajo: no es conforme a derecho la orden de expulsión mientras la Administración no ha resuelto la solicitud de permiso de trabajo y residencia. No cabe calificar como ilegal la estancia en España. Una vez dictada resolución implicará en su caso la salida. Estimación recurso.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura**

Fecha: **14 de octubre de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: 290/2010

Ponente: **Doña Elena Concepción Méndez Canseco**

Voz: **Orden de expulsión estando pendiente de resolución por permiso de trabajo**

(...) constituye infracción grave 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 hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente.

La infracción citada puede ser sancionada, según establecen los arts. 55 y 57 de la citada LO con multa de 300,52 euros a 6.010,12 euros o, en su lugar, con la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo, cuya resolución a juicio del apelante no resulta procedente por constar que, al tiempo de su iniciación, se hallara pendiente de resolución una petición de permiso de trabajo y residencia del recurrente. Pues bien, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, (...), no es conforme a derecho la orden de expulsión o la obligación de salida del territorio español mientras la Administración no ha resuelto la solicitud de permiso de residencia, de trabajo o de regularización de la situación de un ciudadano extranjero, oportunamente presentadas; «estando pendiente una solicitud, lo primero que tiene que hacer la Administración es resolverla, para después (cuando se sepa si la estancia es o no legal, según se hayan concedido o no tales permisos) decidir en consecuencia sobre la expulsión o no expulsión, pero no tramitar un expediente de expulsión con olvido de las peticiones pendientes». En el caso que nos ocupa, la Resolución de expulsión se basa en la

detención del solicitante y consultada la base de datos, se comprueba que el actor tiene resuelto y notificado denegación de permiso de trabajo en fecha anterior. El recurrente cursó solicitud de permiso de residencia, con fecha 24 de noviembre de 2008, la cual se resuelve en sentido desestimatorio con fecha 4 de mayo de 2009, y el procedimiento sancionador se incoa con fecha 26 de junio de 2009, es decir, cuando ya se había resuelto la petición de permiso de trabajo y Residencia. Ahora bien, esta denegación fue recurrida en vía jurisdiccional, y dictada sentencia, se recurre en apelación por este Tribunal en el sentido de no estimar acreditada la concurrencia de hecho desfavorable por haber sido detenido en cuanto no existía condena alguna. Ahora nos encontramos en el mismo caso, sigue sin existir acreditación de condena, y existe una petición de autorización de residencia sin resolución firma a la fecha de la incoación de procedimiento sancionador y resolución de la orden de expulsión. A mayor abundamiento en la resolución de desestimación se le notificaba la obligación de salir del país en el plazo de quince días a partir de la notificación, de ahí que al momento de iniciarse el proceso sancionador de expulsión, no cabe calificar como de ilegal la estancia del mismo en España, por estar pendiente de un recurso contencioso-administrativo dicha declaración, resolución que una vez dictadas implicarán en su caso la salida del territorio español. Procede por lo expuesto la estimación del presente recurso de apelación y anulación de la resolución recurrida.

Sanción de expulsión: se impone esta sanción pero es sustituida por multa de 600 euros. Se considera desproporcionada la expulsión. Estimación en parte. La cuantía de la multa se considera desproporcionada: la alegante solicita una multa de 300 euros. Escasa gravedad de los hechos. Desestimación del recurso: se procede a mantener la cuantía de la multa. Se encuentra dentro del grado mínimo para infracciones graves. La actora no acredita no tener capacidad económica.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia**

Fecha: **15 de octubre de 2010**

Recurso de Apelación: **800/2009**

Ponente: **Doña Ascensión Martín Sánchez**

Voz: **Expulsión y cuantía de la multa desproporcionada**

La sentencia apelada estima en parte el recurso contencioso administrativo formulado por la recurrente contra la resolución de la Delegación del Gobierno de Murcia de 15 de mayo de 2009, (...), que acuerda imponer al actor la sanción de expulsión y prohibición de entrada durante 5 años del territorio nacional, (...), por 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 hubiera solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente, sustituyendo dicha sanción por la de una multa de 600 euros.

El Juzgado de instancia rechaza los motivos de fondo: la alegada falta de tipicidad, y falta de proporcionalidad de la sanción. Y llega a la conclusión que la resolución impugnada infringe de acuerdo con la jurisprudencia aplicable (STS de 22 de diciembre de 2005) el principio de proporcionalidad teniendo en cuenta que las sanciones impuestas no aparecen motivadas ni en la resolución impugnada ni en expediente administrativo y por tanto que las mismas deben ser sustituidas por otra de multa de 600 euros.

Alega el apelante para fundamentar el recurso de apelación que de entenderse cometida la infracción, la multa de 600 euros impuesta es

desproporcionada atendiendo a las circunstancias de graduación de las sanciones (escasa gravedad de los hechos y ausencia de trascendencia de los mismos) y más en concreto que se solicitó la declaración de nulidad de la resolución y solicita se imponga la multa en cuantía mínima de 300 €.

(...).

La apelante D.^a Coro de nacionalidad rusa, con pasaporte (...), alega en esta segunda instancia solamente la vulneración del principio de proporcionalidad pese a que la resolución impugnada impone una sanción de 600 euros de multa al interesado, en sustitución de las sanciones de expulsión y prohibición de entrada durante 5 años inicialmente impuesta.

Pues bien, como viene señalando esta Sección en supuestos similares al presente, procede mantener la sanción de multa en la cuantía en que ha sido impuesta, ya que se encuentra dentro del grado mínimo previsto para las infracciones graves como la presente (entre 301 y 6.000 euros) por el art. 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, (...). La actora no acredita que su capacidad económica no le permita abonar dicha multa, ni tampoco otras circunstancias por las que la misma deba ser rebajada, sin que baste al efecto con alegar generalidades (escasa gravedad o escasa trascendencia de los hechos, etc.).

Sanción de expulsión sustituida por multa en instancia: carece de autorización de residencia. Pasaporte sin sello de entrada en España. Inadmisión de asilo. Ya tiene una orden de expulsión del territorio nacional. Estancia ilegal en España. Estimación recurso de apelación: revocación sentencia. Confirmación expulsión del territorio nacional por ser conforme a derecho.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura**

Fecha: **21 de octubre de 2010**

Recurso de Apelación: **348/2010**

Ponente: **Don José María Segura Grau**

Voz: **Sanción de expulsión por pasaporte sin sello en España**

En el presente caso, la cuestión que se plantea es si el motivo en el que se basa la expulsión —haber entrado de forma ilegal en España— es el

mismo que el tenido en cuenta en 2002 —hallarse indocumentado— o si, en su caso, debió ser considerado entonces. El Abogado del Estado se

basa para ello en que el pasaporte fue expedido en Nigeria el 19 de mayo de 2004 y no consta sello de entrada en España, lo que pone de relieve que debió salir de España y luego volver a entrar de forma ilegal por segunda vez. Pero se olvida por todos que existe un dato negativo mucho más evidente y que justifica sin duda la sanción de expulsión: que la recurrente había sido sancionada por estancia irregular con la expulsión de España, y que desde entonces ha continuado residiendo en territorio español. Este dato justifica el pronunciamiento de la Administración y la sanción de expulsión, pues evidencia la reiteración de la recurrente en la comisión de la infracción a sabiendas de la existencia de dicha sanción. El hecho de que esta circunstancia no se recoja expresamente en la resolución administrativa no es óbice para poderla tener en cuenta, en virtud de la doctrina del Tribunal Supremo en virtud de la cual resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo, como así sucede.

En cuanto al permiso de reagrupación familiar, éste fue solicitado en el año 2005, momento en el que se hallaba vigente y pendiente de ser ejecutada, por tanto, la orden de expulsión del año 2002. La disposición adicional primera de la LO 4/2000 establece que la falta de resolución en plazo de los expedientes en materia de extranjería (con las excepciones de los apartados 2 y 3, que no son aquí aplicables) determinará su desestimación. Asimismo, el art. 75.1.d) del Reglamento de Extranjería (...) dispone que «la vigencia

de las autorizaciones de residencia temporal se extinguirá sin necesidad de pronunciamiento administrativo... d) Por la inclusión en alguno de los supuestos de prohibición de entrada previstos en este Reglamento, bien por no haberse conocido dicha circunstancia en el momento de su entrada, bien por haberse producido durante su permanencia en España», con lo que es obvio que dicha solicitud de reagrupación familiar no podía ser estimada al haberse dictado orden de expulsión contra la recurrente. La propia LO 4/2000, en su disposición adicional cuarta, ordena la inadmisión a trámite de las solicitudes en varios supuestos, entre ellos «cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa salvo que, en este último caso, la orden de expulsión hubiera sido revocada o se hallase en uno de los supuestos regulados por los artículos 31 bis, 59, 59 bis o 68.3 de esta Ley».

Por tanto, no resulta de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 31 de enero de 2007 del recurso 4357/2003, entre otras muchas) según la cual «resulta improcedente la orden de expulsión si está pendiente de resolución una resolución de permiso», pues dicha solicitud debió inadmitirse a trámite y la falta de vigencia del permiso de residencia existente —y por analogía con la solicitud pretendida que sólo puede dar lugar a su inadmisión— se debe entender extinguida «sin necesidad de pronunciamiento administrativo».

Delito de robo: extranjeros argelinos y en situación irregular en España y guiados por un ánimo de enriquecimiento patrimonial ilícito, robaron un vehículo, siendo posteriormente detenidos. Expulsión.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao**

Fecha: **27 de octubre de 2010**

Recurso de Apelación: **365/2010**

Ponente: **Doña M.ª Jesús Erroba Zubeldia**

Voz: **Delito de robo. Naturales de Argelia: expulsión**

Se alza la Dirección Letrada de Luis Alberto y Doroteo (Rodrigo) —la misma aunque los recursos se presenten por separado al tener los

acusados distintas representaciones procesales— contra la sentencia dictada el día 1 de junio de 2010 por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de los de

Bilbao solicitando su revocación y la libre absolución de sus patrocinados, y subsidiariamente que no se proceda a la expulsión de los mismos del territorio nacional, así como, en el caso de Doroteo (Rodrigo) que se le aplique la atenuante de drogadicción del art. 21.2 del Código Penal.

Se alega error en la valoración de prueba al considerar la recurrente que no concurren indicios en que basar la sentencia pues no es suficiente que los acusados se conocieran entre sí cuando ellos declaran que no estaban juntos; se olvida sus declaraciones sobre los motivos por los cuales dijeron se encontraban en los lugares en que fueron distintos, negando que se trate de lugares inidóneos como los califica la juzgadora; no ha quedado acreditado, en su parecer, que los cristales sobre la ropa de sus defendidos portaban pertenecieran al vehículo robado; no se ha tenido en cuenta lo declarado por Abdelkar sobre la tenencia del objeto que la juzgadora dice sirve para romper el cristal y que en ningún momento utilizó; y, por último, señala, debe tomarse con cautela el reconocimiento de Doroteo realizado por los agentes (...) ya que la persona que dicen vieron junto al vehículo la perdieron de vista y en el caso de Luis Alberto no llevaba la ropa que indicaron en el atestado, según dio fe el Secretario Judicial.

Asimismo se alega que no procede la expulsión de ninguno de los acusados, toda vez que, Luis Alberto tiene arraigo en España como se deduce del informe de Izangai y en el caso de Doroteo el juicio se celebró en su ausencia, por lo que, no se realizó la Audiencia para que pudiera manifestar circunstancia de arraigo, recordando que no se puede realizar de forma automática la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional.

Finalmente, con carácter también subsidiario y con relación a Doroteo se alega que procede aplicar la atenuante del art. 21.2 del Código Penal dado que a la fecha de los hechos era consumidor de cocaína como se infiere de los informes emitidos por la médico forense y el Instituto Nacional de Toxicología.

(...).

En cuanto a los indicios existentes sobre la autoría en los hechos de Abdelkar, cabe decir que fue detenido a escasos diez metros del

vehículo robado, según declararon los agentes con carnés profesionales núm. (...) de la Policía Local de Bilbao; que se encontraba debajo de una furgoneta no junto a un vehículo como él sostiene; y cuando lo sacaron tenía un guante, cristales y un trozo de bujía dentro de una bolsa, lo que también reconoció el acusado y objeto que explicó el primero de los agentes se utiliza como latiguillo para romper cristales por las personas que se dedican a robar. Este acusado vestía además una sudadera y sus características coincidían con una de las descripciones que había facilitado el requirente por teléfono, no existiendo ningún problema por el hecho de que en el momento de ser puesto a disposición judicial no coincidiera la ropa por cuanto ambos agentes explicaron pudo el detenido cambiarse de ropa al salir del calabazo, cogiendo la de otro compañero y por eso vestir en el juzgado dos chamarras en lugar de la sudadera gris con la que había sido detenido y reflejado en el atestado.

Ciertamente a la vista de estos testimonios no cabe duda de que este causado fue uno de los autores del robo, pues se encontraba en las proximidades del lugar de los hechos, portaba un instrumento u objeto útil para romper la ventanilla del vehículo robado, tenía encima de su ropa cristales, se encontraba escondido debajo de una furgoneta y, además, vestía como el comunicante telefónico había descrito.

Por su parte, los agentes (...) de la Policía Local de Bilbao detuvieron a Doroteo escondido o agazapado en los arbustos de un jardín perteneciente a un colegio después de haber saltado una valla, lugar donde le habían perdido de vista sus compañeros con carné profesional (...) que declararon como al llegar al lugar de los hechos vieron un vehículo con la ventanilla rota y un individuo junto al vehículo, que echó a correr; dejaron el vehículo patrulla y salieron en su persecución hasta un jardín donde le perdieron de vista, siendo localizado por otra patrulla. Estos dos últimos agentes identificaron a la persona detenida con la que habían perseguido pues le habían visto como así lo declararon en el plenario. Por otra parte, en el momento de la detención Doroteo tenía también en una manga resto de vidrios.

No cabe duda, pues, que este acusado también es autor por cuanto se encontraba junto al

vehículo robado, tenía cristales y había seguido por los agentes hasta el lugar donde finalmente fue detenido e identificado sin que por los agentes que le habían visto junto al vehículo manifesten albergar dudas de que efectivamente se trataba de la misma persona, no pudiendo olvidar que, como hemos señalado, el propio Abdelkar admite que se conocían.

En cuanto a la no expulsión del territorio nacional, ambos acusados son extranjeros sin residencia legal en este país y sin arraigo. No se deduce del informe emitido por Izangai con respecto a Luis Alberto que éste tenga arraigo, pues no es suficiente que el mismo participe en actividades de formación ni tampoco que esté tramitando su empadronamiento o la recepción de ayudas sociales, lo cierto es que no trabaja, no tiene familiares directos en este país (padres, hijos o cónyuge) y que por tanto carece de arraigo laboral o familiar. Mientras que en el caso de Doroteo tampoco consta que tenga arraigo en España puesto que no ha aportado prueba alguna en ese sentido y no resulta obstáculo para la expulsión que el juicio se celebrase en su ausencia, al no comparecer pese a estar ci-

tado y la pena solicitada ser inferior a dos años de prisión, ya que tuvo conocimiento de la petición de expulsión formulada por el Ministerio Fiscal en el escrito de acusación, tuvo por tanto posibilidad de presentar prueba en su defensa y el Tribunal Supremo ha señalado que si bien la expulsión no puede ser automática resulta suficiente con la existencia real de contradicción (STS 64872009, 23 de junio), que en este caso por las consideraciones que acabamos de expresar existió.

Finalmente, respecto a la apreciación de la atenuante de drogadicción del art. 21.2 del Código Penal en Doroteo no cabe a la vista del informe médico forense y sobre todo del informe emitido por el Instituto Nacional de Toxicología sobre las muestras de orina y cabello que se tomaron a este acusado. Y es que en atención a estos informes sólo se concluye que se trata de un consumidor de cocaína y cannabis, al menos durante los cuatro o cinco últimos meses anteriores al día en que se tomó la muestra de cabello y que fue el mismo de la detención, pero sin que pueda afirmarse que fuera adicto a ninguna de estas sustancias.

Expulsión del territorio nacional: madre de un menor de edad, que reside de forma ilegal en España. La inscripción del nacimiento del hijo de la extranjera brasileña, en el Registro Civil español le atribuye la nacionalidad española con valor de simple presunción. Arraigo social: inexistencia.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Fecha: 27 de octubre de 2010

Recurso de Apelación: 198/2010

Ponente: Doña M.ª Dolores Rivera Frade

Voz: Expulsión del territorio nacional. Prohibición de entrada. Menores: nacionalidad

Bajo ese primer apartado la apelante se muestra disconforme con la sentencia de instancia en cuanto a que la existencia de su hijo Juan Ramón, nacido en Castellón de la Plana el día 30 de mayo de 2008 no es causa para revocar la orden de expulsión. Se alega bajo este apartado del recurso que con ello se incurre en una infracción de las normas civiles en la materia así como de la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo al efecto e incluso de la doctrina seguida por los órganos de aplicación en la materia como es

la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues el sistema brasileño de concesión de nacionalidad no es el de *ius sanguinis*, y por tanto, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 17.1.c) del Código Civil, el hijo de la Sra. Regina goza de la nacionalidad española de origen como se pone de manifiesto en la Circular de la Dirección General de Registros y Notariado de 16 de diciembre de 2008.

Frente a esta tesis, la primera réplica que dirige el Abogado del Estado en su escrito de

oposición al recurso, consiste en entender que el debate sobre la nacionalidad de Juan Ramón no es ahora pertinente, pues no fue objeto del expediente ni lo ha sido del litigio.

No se puede compartir esta crítica en cuanto que sí es pertinente el debate sobre la nacionalidad del menor desde el momento en que la actora invoca a su favor (ya lo hacía en la demanda) la doctrina que se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 2005 según la cual «La existencia de ese hijo español es fundamental para la resolución de este recurso de casación, si se tienen en cuenta las siguientes ideas: 1.^a—La Constitución Española establece como principios rectores de la política social el de la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39.1), así como el de la protección integral no sólo de los hijos, sino también de las madres (artículo 39.2).

En consecuencia con ello, el artículo 11.2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y c) Su integración familiar y social. Así pues, puede decirse que, aunque no esté literalmente dicho en las normas (aunque sí lo está en su espíritu), el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con su madre. Se trata de un derecho derivado de la propia naturaleza, y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal. Por lo demás, es un derecho que tiene sus reflejos en concretos preceptos del ordenamiento jurídico [v. gr., artículo 110 del Código Civil, que obliga al padre y a la madre, aunque no ostenten la patria potestad, a velar por sus hijos y prestarles alimentos; artículo 143.2.º del propio Código, que obliga recíprocamente a los ascendientes y descendientes a darse alimentos; artículo 154, que impone a los padres el deber (y les reconoce el derecho) de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, etc.]. 2.^a—El ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles.

(La comisión por un español de un delito o de una infracción administrativa es castigado con determinadas penas o sanciones, pero nunca con la expulsión del territorio nacional; fuera del supuesto de medida cautelar o sanción penal, “los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”, según el artículo 19 de la Constitución Española). 3.^a—La orden de expulsión de la madre, que aquí se recurre, o bien es también una orden implícita de expulsión de su hijo menor, que es español (lo que infringe el citado principio de no expulsión de los nacionales) o bien es una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo y de la madre (lo que viola los preceptos que hemos citado de protección a la familia y a los menores). Ni las normas sobre extranjería ni el sólo sentido común pueden admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como a tal; que el hijo español tenga todos los derechos y su madre no tenga ninguno, y que, en consecuencia, pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos sus derechos, pero solo y separado de su madre».

Ello significa que la conformidad a derecho o no de la orden de expulsión de la Sra. Regina depende, a juicio de ésta, de la consideración de su hijo como nacional español, por lo que resulta necesario entrar en el debate de si tal circunstancia puede impedir o no su expulsión del territorio español.

Además el tema de la nacionalidad del menor sí ha sido objeto de debate en la instancia como se puede comprobar a la vista de los argumentos de impugnación que se recogen en el escrito de demanda, y de los razonamientos de la sentencia objeto de recurso, en la que se llega a una solución contraria a la defendida por la actora sobre la base de que no se acredita que concurren los presupuestos para dar prevalencia al *ius soli* sobre el *ius sanguinis* por lo que la nacionalidad española del hijo de la actora sólo tiene el valor de simple presunción.

(...).

Ahora bien, nos encontramos en este caso ante un expediente de distinta naturaleza, como

es el de expulsión de una ciudadana extranjera que permanece en territorio español de forma ilegal, y a la que es aplicable la normativa que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España que se recoge en la LO 4/2000, cuyo artículo 53.a) tipifica como infracción grave «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente»; y cuyo artículo 53.b) tipifica como infracción administrativa «Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida».

No se puede desconocer que el artículo 17 del Código Civil favorece el *ius soli* para poner fin a los sistemas de apatridia en los que algunas personas no son reconocidas como nacionales de ningún Estado conforme a su legislación, denegándoles formalmente la nacionalidad o despojándoles de ella en contra de lo que se viene reconociendo en el derecho internacional desde la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 5 de septiembre de 1954. Según esta Convención los Estados no pueden privar a las personas de la ciudadanía de forma arbitraria ni de modo que sean abocadas a la apatridia. Posteriormente

la Convención de 1961 creó un marco para evitar futuros casos de apatridia al obligar a los Estados a erradicarla y prevenirla mediante sus leyes y prácticas.

(...).

La actora no ha acreditado circunstancia de relevancia que permita valorar su situación de una manera distinta a como lo ha hecho la sentencia apelada, por lo que ha de desestimarse el recurso presentado al resultar justificada la sanción de expulsión. Carece de especiales intereses familiares, sociales o económicos. No consta tampoco que haya realizado gestiones para regularizar su situación en España. No se vulnera el principio de proporcionalidad ni el de *non bis in idem*. El hecho de que conviva con su hijo y el padre de éste en España no significa que su expulsión implique una vulneración del derecho a la vida familiar. La medida de expulsión, como medida que deriva del incumplimiento de los requisitos que la legislación española exige para permanecer legalmente en territorio español, no implica injerencia ilegítima alguna sobre la vida familiar de la apelante. No se desprotege a la familia ni se coloca a la actora en una situación en la que no pueda mantener los vínculos familiares.

Todas las circunstancias expuestas son suficientes para justificar la imposición de la sanción de expulsión del territorio español, y en consecuencia, la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia.

Expulsión: suspensión del procedimiento penal y suspensión, por tanto, de la orden de expulsión. Indefensión: el Juez Penal debe velar por los derechos del extranjero revisando el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención.

Tribunal: **Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao**

Fecha: **28 de octubre de 2010**

Recurso de Apelación: **493/2010**

Ponente: **Don Juan Francisco López Sarabia**

Voz: **Expulsión. Salida del territorio nacional. Suspensión**

Se formula recurso de apelación contra el auto de fecha 1 de junio de 2010 que acordaba la salida del recurrente del territorio nacional en virtud de orden administrativa de expulsión, confirmada por auto de 4 de agosto de 2010 que desestima-

ba el previo recurso de reforma. Se alega por el recurrente en la nulidad del auto recurrido por cuanto no se dio traslado de la solicitud a la defensa, por lo que se ha producido indefensión; asimismo se alega el arraigo del recurrente, casa-

do con nacional española, empadronamiento, tarjeta sanitaria, aprendizaje del castellano, informe social; contradicción con otras resoluciones judiciales Juzgado Penal, 7 de Bilbao que ha dejado sin efecto la expulsión por arraigo en la ejecutoria 928/10 y por último alega que se ha acordado la suspensión de la orden de expulsión a través del Juzgado de lo Contencioso n.º 5 de Bilbao en procedimiento de Medidas Cautelares 543/10.

(...).

En el presente caso no nos hallamos todavía ante una orden de expulsión, sino ante una resolución judicial que resulta necesaria para que la Administración pueda llevar a efecto la expulsión de un extranjero «inculpaado», de conformidad con el párrafo séptimo del art. 57 de la LO 4/2000 y del art. 142 de su Reglamento, de modo que aquélla surta efectos inmediatos, al no resultar necesario esperar a la celebración del juicio penal. Tal autorización de expulsión, por tanto, no puede ser calificada como una «sanción» sustitutiva de la sanción penal, a diferencia de lo que sucede con la expulsión del extranjero «condenado» (art. 89.1 del Código Penal) medida que tampoco es una pena, sino «una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello» (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 2), y sin que el extranjero ostente derecho alguno a la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión (STC 203/1997, de 25 de noviembre, y ATC 33/1997, de 10 de febrero), ni viceversa; es decir, tampoco tiene derecho a que, en lugar del expediente de expulsión, se siga el

procedimiento judicial hasta su terminación por Sentencia. En el presente caso el Juzgado de Instrucción ha dictado auto que resulta ajustado a Derecho, se trata de un delito castigado con pena inferior a seis años y el recurrente se encuentra inculpaado en el procedimiento, concurriendo dichos presupuestos se sustituye la tramitación del proceso penal hasta su conclusión por la autorización judicial de expulsión, que habilita a la autoridad gubernativa para decretar dicha expulsión.

(...).

En consecuencia, cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves y esté, además, incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en la Ley, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, el Juez de Instrucción puede autorizar la expulsión del extranjero, que es lo que ha sucedido en el presente caso, circunstancias que se ponen de manifiesto en la resolución impugnada, y que por ende se desprende su corrección formal.

Ahora bien, en tanto que han variado las circunstancias durante la sustanciación del presente recurso y que no pudieron ser objeto de valoración por el Juzgado de Instancia, se ha aportado junto al escrito del recurso, resolución judicial que acuerda la suspensión de la orden administrativa de expulsión, faltaría uno de los requisitos para autorizar que se lleve a efecto la expulsión, por lo que procede por tal motivo estimar el recurso y dejar sin efecto la resolución impugnada, debiéndose por ello alzar la suspensión del procedimiento penal continuar la causa, sin perjuicio de la resolución final del procedimiento contencioso administrativo.

Expulsión: inexistencia de acreditación de que haya nacido el recurrente en España, y tampoco se acredita residencia permanente en España, ni que sea beneficiario de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León**

Fecha: **29 de octubre de 2010**

Recurso de Apelación: **207/2010**

Ponente: **Don José Matías Alonso Millán**

Voz: **Expulsión. Ciudadano colombiano. Estancia irregular**

No se acredita que sea el recurrente ciudadano comunitario por lo que procede considerar la

jurisprudencia puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo; así la sentencia dictada en el

recurso 156/1996, cuando establece lo siguiente: «El motivo ha de ser desestimado, si se tiene en cuenta, en primer término, que los preceptos que se dicen infringidos por la sentencia impugnada (...) regulando, por consiguiente, la entrada y permanencia en España de nacionales de estados miembros de la Unión Europea, lo que, obviamente, no resulta ser aplicable al recurrente que no es nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, sin que la extensión del ámbito de aplicación que se efectúa en el art. 2.a), al cónyuge, cualquiera que fuese su nacionalidad, de un español o nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, alcance al recurrente, habida consideración de que al tiempo de decretarse la expulsión —23 de noviembre de 1993—, no había contraído matrimonio con ciudadana española, lo que realizó el 31 de enero de 1995 y con independencia que para residir en España legalmente está obligado a solicitar una tarjeta de residencia (art. 43), previa presentación de la documentación requerida a que se alude en el art. 10, en cada supuesto allí contemplado. Quiérese con ello indicar que los efectos de la nueva situación del recurrente motivada por razón de su matrimonio y del ejercicio de los derechos provenientes de la misma, podrán ser hechos valer ante la Administración como una circunstancia nueva que debe ser valorada

en aplicación de la normativa expresada, más no pueden tener efectos invalidantes de una resolución adoptada con arreglo a las circunstancias de hecho y de derecho existentes al tiempo de su adopción».

(...).

No se acredita que haya nacido en España, no se acredita residencia permanente en España (lo que se acredita es la residencia en prisión), no se acredita que haya sido español de origen, ni tampoco se acredita que sea beneficiario de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo. En suma, no le es aplicable este número 5 del art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000.

Por último, no es ni mucho menos igual el supuesto presente que el recogido en la sentencia alegada, núm. 467/2006, de 26 de septiembre, de esta Sala; pues en aquélla se discutía un supuesto de permiso de trabajo y residencia y, sobre todo, porque en aquélla la condena penal que se impuso era inferior a un año de privación de libertad, mientras que en el presente supuesto es una pena de nada menos que de 10 años de privación de libertad, lo que demuestra una conducta extremadamente gravosa y la aplicación del art. 57.2 de la LO 4/2000.

Todo ello lleva a la consecuencia de que proceda desestimar el recurso.

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

*Profesora TU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos*

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia Castilla y León**

Fecha: **10 de febrero de 2010**

Recurso: **Recurso de Suplicación núm. 21/2010**

Ponente: **D. Rafael Antonio López Parada**

Voz: **Prestación por desempleo: Extranjero que carece de autorización de residencia y trabajo cuando se produce el hecho causante de la prestación**

Resumen: SEGUNDO.—El segundo motivo de recurso se ampara en la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral y denuncia la vulneración de los artículos 203.1, 209 y 207.c) de la **Ley General de la Seguridad**

Social. Nos encontramos con un ciudadano extranjero que prestó servicios retribuidos en España para varias empresas y para el Organismo Autónomo de Trabajos y Prestaciones Penitenciarias. Su último trabajo lo desempeñó para la

empresa Estructuras Viesca entre el 19 de julio de 2006 y el 24 de octubre de 2008. Durante ese período tuvo autorización para trabajar entre el 13 de julio de 2006 y el 13 de enero de 2007. Habiendo solicitado nueva autorización, le fue denegada por resolución de 25 de enero de 2007, pero recurrida ésta en vía contencioso-administrativa se dictó por el Juzgado auto de medidas cautelares el 25 de mayo de 2007 por el cual se le concedía permiso de residencia y trabajo en España por el tiempo que durase la tramitación de dicho recurso y, como máximo, por un año. Tras su despido en la empresa para la que prestaba servicios, el 24 de octubre de 2008 solicitó prestaciones por desempleo que le fueron denegadas. Al mismo tiempo, según se ha dicho, el trabajador tenía una orden previa de expulsión del territorio nacional que, habiendo sido recurrida en vía contencioso-administrativa, fue confirmada finalmente por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de julio de 2008. No consta que haya sido efectivamente expulsado o haya abandonado el territorio español.

La cuestión estriba en determinar si el actor tiene derecho a lucrar las prestaciones de desempleo solicitadas.

Lo primero que ha de decirse es que la sanción de expulsión impuesta, si fuese ejecutada, no constituye por sí misma causa impeditiva del acceso a las prestaciones, si bien constituiría la causa de extinción de la prestación regulada en el artículo 213.1.g) de la Ley General de la Seguridad Social («traslado de residencia al extranjero»), pero no produce tales efectos en tanto en cuanto no haya sido ejecutada.

Lo relevante entonces es, según veremos, cuál sea la situación del actor desde el punto de vista del empleo y la residencia en España en el momento de producirse la situación legal de desempleo.

Las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008 (*RJ* 2008, 2065) (RCUD 800/2007) y 12 de noviembre de 2008 (RCUD 3177/2007) fijan la doctrina actualizada respecto a la protección pública por desempleo, si bien es cierto que los supuestos allí resueltos no son totalmente coincidentes con el caso de autos, pero ello no impide su

aplicación, puesto que vienen a sistematizar los criterios aplicables en materia de prestaciones por desempleo con una vocación de generalidad y con referencia a la doctrina fijada en otra serie de sentencias de mitad de la década de los noventa, como se verá.

El Tribunal Supremo diferencia entre los extranjeros en situación regular desde el punto de vista de la permanencia en territorio español y que además cuentan con autorización para trabajar, aquellos otros que se encuentran en situación regular en territorio español pero que prestan servicios laborales sin autorización para trabajar y los que se encuentran en situación irregular en territorio español. Los primeros tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles (artículo 14.1 de la Ley Orgánica 4/2000). Los segundos pueden acceder también a la prestación de desempleo (lo que ya se había afirmado en las sentencias de 21 de diciembre de 1994, RCU 1466/94, 21 de septiembre de 1995, RCU 834/95 y 25 de septiembre de 1995, RCU 3854/94). Finalmente, quienes se encuentran en España en situación irregular desde el punto de vista de su residencia o estancia no pueden lucrar prestaciones por desempleo.

La cuestión, por tanto, estriba en encuadrar la situación del actor dentro de una de estas tres categorías, así como fijar, a tales efectos, la fecha que ha de tomarse en consideración. Tratándose de una prestación de Seguridad Social la fecha relevante es la del hecho causante, esto es, la de la situación legal de desempleo, en este caso octubre de 2008. Y no cabe confundir tal cuestión con otra que presenta cierta relación, pero que aquí no se plantea, como sería determinar, en el caso de que se hubiesen prestado servicios en fechas anteriores para el mismo o distintos empresarios sin alta en la Seguridad Social como consecuencia de haber estado anteriormente en situación irregular desde el punto de vista de la estancia o del trabajo, si tales períodos de cotización omitidos deben computarse a efectos del período de carencia y/o de la duración de la prestación, así como la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, en su caso.

Pues bien, los hechos probados nos dicen claramente que la situación última del actor había sido amparada por una resolución judicial dictada como medida cautelar y que concedía un permiso de trabajo y residencia por un período máximo de un año, que se agotó por tanto, como tarde en mayo de 2008, por lo que en el ordinal quinto se nos dice que en octubre de ese año el trabajador ya no tenía residencia legal en España. Da igual, por tanto, que con anterioridad hubiera podido realizar trabajos legalmente en España y que incluso hubiera realizado cotizaciones, habiéndose encontrado en situación legal, porque lo determinante es la situación en el momento del hecho causante, que es la determinante de su disponibilidad para ocupar un empleo en territorio español. Aplicando, por tanto, la doctrina judicial anteriormente reseñada, resulta que el mismo carece del derecho prestacional reclamado, lo que debe llevar a la estimación del recurso.

NOTA

Un ciudadano extranjero, de nacionalidad nigeriana, estuvo prestando servicios por cuenta ajena desde el 17 de septiembre de 2000 hasta el 17 de septiembre de 2002, tras lo cual percibió prestaciones por desempleo en la cuantía y el tiempo que le correspondían. Posteriormente, lo hizo para el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias desde el 4 de abril de 2003 al 9 de agosto de 2003, del 17 de junio de 2005 al 22 de julio de 2005, del 4 de agosto de 2005 al 23 de noviembre de 2005, y del 27 de diciembre de 2005 al 6 de julio de 2006. Asimismo, prestó servicios a favor de una empresa desde el 19 de julio de 2006 al 24 de octubre de 2008. En todos estos períodos contaba con autorización de residencia y trabajo y estuvo de alta en Seguridad Social, efectuándose las correspondientes cotizaciones. Ha de tenerse en cuenta que el 25 de enero de 2007 solicitó una nueva autorización, que le fue denegada por Resolución de 25 de enero de 2007, y recurrida en vía contencioso-administrativa, se dictó por el Juzgado Auto de medidas cautelares el 25 de mayo de 2007, en virtud del cual se le concedía autorización de residencia y trabajo en España por el tiempo que durase la

tramitación de dicho recurso y, como máximo, por un año.

En el ínterin, y tras ser despedido por la empresa para la que prestaba servicios, el 24 de octubre de 2008 solicitó prestaciones por desempleo que le fueron denegadas por resolución definitiva de 1 de enero de 2009, «por carecer de residencia legal en España», sobre la base de la aplicación de la doctrina contenida en la STS de 18 de marzo de 2008. En dicha Sentencia, tras advertir de la posible antinomia entre los artículos 14 y el 36.3 LOEx (en su versión anterior a la modificación operada por la LO 2/2009), el Tribunal Supremo proporciona una reinterpretación al artículo 36.3 LOEx en función de cuál sea la situación del trabajador extranjero.

- a) Trabajador extranjero titular de una autorización de residencia.

La falta de la autorización para trabajar, como no invalida el contrato de trabajo según se dispone en el artículo 36.3 LOEx, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social a las que el extranjero residente (artículo 30 bis LOEx) tienen derecho *ex* artículo 14.1 LOEx, en igualdad de condiciones que los españoles.

Esta fundamentación jurídica es en la que se basa el TS para reconocer la prestación por desempleo a los extranjeros residentes y permite aplicar los dispositivos de refuerzo previstos en la LGSS, esto es, la consideración de alta de pleno derecho (artículo 125.3) y el principio de automaticidad de las prestaciones, lo que supone la condena al Servicio Público de Empleo Estatal del adelanto de la prestación, sin perjuicio de la responsabilidad directa del empresario y del derecho de la gestora a reclamar contra el empresario incumplidor de sus obligaciones (artículo 220 LGSS).

- b) Trabajador extranjero que carece de la autorización de trabajo y residencia.

El hecho de trabajar sin la autorización de residencia y trabajo no será obstáculo para que pueda obtener «las prestaciones que pudieran corresponderle» (último inciso del reiterado artículo 36.3 LOEx), pero tales prestaciones, de

acuerdo con el artículo 14.3 LOEx, ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 (que sólo se refieren a los extranjeros residentes) sino los «servicios y prestaciones sociales básicas». Haciendo un esfuerzo interpretativo, el TS incluye en el marco de estas últimas expresiones a: las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere necesario [artículo 53 en relación con el artículo 38.1.e) LGSS]; la asistencia sanitaria urgente al extranjero (artículo 12 LOEx); e, incluso la asistencia social de las CCAA (*ex* artículo 148 CE) externa a la Seguridad Social.

Como se sabe, el vigente artículo 36.5 LOEx, recogiendo esta doctrina jurisprudencial, expresamente dispone que «En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo».

La Sentencia que ahora se comenta, reconoce que si bien el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo «no es totalmente coincidente» con el caso de autos, ello no impide la aplicación de la doctrina vertida. Sin embargo, no comparáramos plenamente esta afirmación.

La cuestión de si al trabajador extranjero, aun en situación administrativa regular, le corresponde la prestación contributiva por desempleo no ha sido pacífica. Con anterioridad a la aprobación de la LO 4/2000, y estando vigente la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, imperaba la tesis que exigía que el extranjero estuviese en posesión del correspondiente permiso de trabajo para acceder a la misma, por lo que la duración de la prestación reconocida no podía exceder del tiempo restante hasta alcanzar el fin de la vigencia del permiso de trabajo, y ello con independencia del período cotizado para causar derecho a la prestación. El Tribunal Supremo resolvió en unificación de doctrina y mantuvo que la única exigencia para poder tener derecho a las prestaciones por desempleo era la de contar con un permiso de residencia (STS unificada de 21 de diciembre de 1994). El RELOEX de 1996 (Real Decreto 155/1996) impu-

so la renovación de los permisos de residencia de los trabajadores que acreditasen tener reconocida una prestación por desempleo (artículo 59.2). La LOEX 4/2000 estableció la renovación de la autorización de trabajo por el tiempo de duración de la prestación por desempleo (artículo 36.2). Y así lo han recogido sucesivamente los RELOEX 2001 y 2004, sin matización alguna, puesto que el texto de la Ley era rotundo y sin remisiones a norma de desarrollo. Esta limitación temporal de la autorización llevaba a considerar que, en puridad, no se trataba tanto de una renovación cuando de una autorización especial; y dejaba sin solucionar satisfactoriamente el supuesto en que, durante el percibo de la prestación, el extranjero encontrara un nuevo empleo, pues tendría que solicitar, esta vez sí en sentido propio, la renovación de la autorización de trabajo.

La redacción dada al párrafo 36.6.d) de la vigente LOEX (LO 2/2009) no es un paso más en este discurso normativo, sino una mejora significativa, que arrumba definitivamente el problema antes mencionado, pues la autorización que se conceda al trabajador beneficiario de una prestación contributiva por desempleo será una verdadera renovación, llamémosla ordinaria, que permitirá al extranjero acceder, en su caso, a un nuevo empleo sin requerir trámite adicional alguno.

Es cierto que la anterior situación, esto es, que el trabajador tenga reconocida la prestación por desempleo en el momento de solicitar la renovación de la autorización no es tampoco equiparable al supuesto de hecho que conoce la Sentencia que ahora se comenta. Sin embargo, resulta inquietante que, de alguna forma, nos encontremos en una situación similar a la anterior a la aprobación del Reglamento de 1996, esto es, que la ausencia de autorización de residencia y trabajo provoca que la cotización sea inoperante para lucrar la prestación por desempleo. Téngase en cuenta que ambas partes están de acuerdo en que el total de días cotizados por el ciudadano extranjero en los seis años anteriores a la solicitud, a efectos de obtener la prestación por desempleo, ascendían a 1190 días, por lo que le correspondería un período de prestación de 360 días.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

*Profesora TU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos*

Tribunal: **Tribunal Superior de Castilla y León, Burgos**

Fecha: **17 de septiembre de 2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación 112/2010**

Ponente: **D. José Matías Alonso Millán**

Voz: **Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Renovación. Denegación procedente. Falta de acreditación del cumplimiento de los requisitos**

Resumen: PRIMERO.—Por la parte recurrente se apeló la sentencia porque entiende que es contraria al ordenamiento jurídico sobre la base de las siguientes alegaciones:

1. Se produce un error en la valoración de la prueba. La sentencia no ha tenido en cuenta los 82 días en que el recurrente permaneció en situación por desempleo, por cuanto se considera que el artículo 38.3.b) sólo lo valora a efectos de prolongar la validez del permiso, no período de actividad acumulable a los días efectivamente trabajados; no teniéndose tampoco en cuenta las alegaciones relativas al accidente, por cuanto aconteció con posterioridad a la fecha de solicitud de renovación.

2. Consta plenamente acreditado que el aquí recurrente-apelante ha mantenido una actividad continuada durante la vigencia de la relación laboral y ha trabajado de forma continuada, habiendo estado de alta en la Seguridad Social en el período de vigencia de su anterior autorización seis meses por año exigidos en la norma, hecho no controvertido y que la propia Administración demandada reconoce. El hecho que ha llevado a la Administración a desestimar el recurso de alzada fue que durante la tramitación de las solicitudes finalizó su contrato con la empresa Segoconstru, S.L. y comienza a prestar servicios profesionales con la empresa Verdifresh, S.L.; hecho que se puso puntualmente en conocimiento de la Subdelegación de Gobierno, sufriendo posteriormente un accidente de trabajo el día 17 de agosto de 2008, finalizando el contrato en octubre, y permaneciendo de baja laboral hasta el 25 de febrero de 2009, dándose la

circunstancia de que pese a encontrarse en situación asimilada no disponía de oferta de empleo.

3. La Resolución del recurso de alzada no hace sino utilizar un mero formulario. El aquí recurrente-apelante presenta importantes limitaciones funcionales, estándose pendiente de tramitar expediente de incapacidad permanente total para su puesto de trabajo, una vez recaiga resolución firme en el procediendo de impugnación de alta médica NUM001 y en el expediente de lesiones permanentes no invalidantes NUM000, que se tramitan ante el Juzgado de Lo Social número 1 de Segovia. El recurrente-apelante precisa constante asistencia médica y rehabilitación; asistencia que está obligada a prestar la Mutua de Accidentes, así como que si no se reconoce las solicitudes de residencia se privaría del derecho a solicitar la incapacidad permanente. La propia Administración reconoce que procedería al menos la concesión de permiso de residencia en tanto en cuanto se regularice la situación; costando asimismo en el expediente que cuenta con unos pequeños ahorros que le permiten subsistir, así como con el apoyo incondicional de su familia, padre y hermano.

4. El aquí recurrente-apelante reunía los requisitos establecidos en el artículo 54.3 del reglamento de extranjería, por cuanto la única causa de denegación del permiso solicitado consistía en no haber acreditado que el recurrente haya mantenido una continuidad en la relación laboral, dándose la circunstancia de que el período de tiempo que ha estado de alta en la Seguridad Social durante la vigencia de su autorización de trabajo y residencia fue de 195

días, período de tiempo que es susceptible de ser valorado como una habitualidad. Además, cumple también los requisitos de tener suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador con la empresa Segoconstru, S.L. y posteriormente con la empresa Verdifresh, S.L., y figurar de alta o en situación asimilada al alta.

SEGUNDO.—[...] De la interpretación conjunta y sistemática de los preceptos reseñados resulta meridianamente claro que para poder obtener la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena por vía del citado art. 54.4 se exige que en el solicitante concurren cumulativamente los tres requisitos previstos en dicho apartado; esa exigencia acumulativa, por el contrario, no se precisa cuando nos encontramos en el párrafo segundo del art. 54.3 del presente reglamento, toda vez que en el mismo se prevé la renovación para cuando el trabajador acredite la realización habitual de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y se encuentre en «alguna» de las situaciones referidas. Por otro lado, también del propio tenor del art. 54 del mismo Reglamento resulta que los requisitos exigidos para la concesión de la renovación deben concurrir al momento de formular la solicitud, como lo corrobora el tenor literal del art. 54.2 cuando señala que «junto con la solicitud de renovación deberán presentarse los documentos acreditativos de que se reúnen las condiciones para su concesión, de acuerdo con lo establecido en los apartados siguientes». Tampoco ofrece duda ninguna de que la carga de la prueba para acreditar que se cumplen las condiciones exigidas legal o reglamentariamente corresponde al solicitante.

En orden a la interpretación y aplicación que debe hacerse de los requisitos previstos en el art. 54.4 transcrito, se ha pronunciado esta Sala en reciente sentencia de fecha 2 de noviembre de 2007, dictada en el rollo de apelación 147/2007 con el siguiente tenor: «Pues bien, en el presente caso no consta acreditado que la relación laboral que dio lugar a la autorización inicial se interrumpiera por causas que no fueran imputables al recurrente, ya que si bien y sin negar la existencia de la enfermedad que pudiera haber padecido el recurrente lo cierto es que

el mismo guarda silencio sobre la consideración de que la misma no es causa de extinción del contrato de trabajo sino de suspensión conforme establece el artículo 45.1.c) y 48.2 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que resulta indiferente que la forma de certificar dicha enfermedad haya sido a través de un médico marroquí en vez de haber acudido a los servicios médicos de la Seguridad Social, pero ello resulta en todo caso intrascendente por cuanto lo determinante es que la enfermedad nunca hubiera determinado el cese de la relación laboral y si éste finalmente se produjo no fue sino por voluntad del trabajador, lo que determina que ya no se cumpla el requisito del apartado a) del artículo 54.4. Y por otro lado, respecto del cumplimiento del requisito establecido en el apartado b) del artículo 54.4, la aportación documental realizada ahora con el recurso de apelación, además de resultar improcedente por cuanto no resulta el momento procesal oportuno, es además irrelevante, por cuanto el citado artículo se refiere expresamente para acreditar tal circunstancia a que se haya participando en las acciones que se determinen por el servicio público de empleo o bien en programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas, circunstancias que no concurren en el presente caso, donde no se puede equipar a dicho supuesto el hecho de que se aporte unos documentos de dos empresas que dicen que el recurrente acudió a las mismas con el fin de buscar empleo, ya que como precisa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de febrero de dos mil siete, de la que fue Ponente Don Juan Fernando Horacajada Moya: “la aportación de un contrato de trabajo celebrado poco antes de formalizarse la solicitud de la renovación de la autorización de trabajo y residencia, no es, por sí mismo, requisito suficiente en orden a obtener aquélla”, porque, de obviarse esa exigencia de la continuidad laboral, “las renovaciones sucesivas y la residencia permanente podrían alcanzarse, en fraude de ley, mediante la simple acreditación y adición de relaciones laborales de corta trayectoria, generadas poco tiempo antes de formularse la correspondiente solicitud”. Procediendo en consecuencia la desestimación del presente recurso de apelación y confirmación de la sentencia de instancia». [...]

La legislación de extranjería (Ley Orgánica 4/2000 y Real Decreto 2393/2004) no se refiere a encontrarse de alta en cualquier régimen de la seguridad social, sino que siempre se refiere a realizar una actividad y a un período de actividad; es decir, a realizar el trabajo para el que se le concedió la autorización de residencia y trabajo. Lo que ocurre es que normalmente quien se encuentra de alta en algún régimen de la seguridad social lo es porque se encuentra trabajando o porque percibe algún tipo de subsidio de desempleo, y por ello normalmente se admite como prueba del ejercicio de la actividad laboral el certificado de vida laboral que emite la Tesorería General de la Seguridad Social; pero en el caso presente, no son equivalentes los días en que se encuentra dado de alta en algún régimen de la seguridad social y los días de realiza la actividad laboral en virtud de la cual se le concedió la solicitud de permiso de trabajo y residencia, y lo que exige la Ley Orgánica 4/2000 y el Reglamento es el ejercicio de la actividad, el trabajo efectivo.

Y es que una cosa es la seguridad social que se presta al trabajador, y otra cosa muy distinta es la efectiva y real prestación de la actividad laboral.

En el presente supuesto se acredita que las jornadas reales declaradas por el empresario, y por tanto acreditativas de que realmente ha trabajado, son de 57 jornadas entre octubre de 2006 y mayo de 2007, ambos meses incluidos; y de seis jornadas entre junio de 2007 y febrero de 2008, ambos meses también incluidos. Por tanto, aun cuando considerásemos que todas estas jornadas (63) se hubiesen prestado en el período de octubre de 2006 a octubre de 2007 y le aumentásemos en dos jornadas por cada cinco efectivamente trabajadas (considerando que ha trabajado ocho horas diarias y que las horas de trabajo semanales son 40 horas, que normalmente son 6 jornadas de trabajo y 48 horas semanales), realmente los días totales a computar serían 89 días, por lo que no se cumpliría el haber trabajado, desarrollado actividad, durante un mínimo de tres meses al año.

Ello aun en el supuesto de que se entendiesen cumplidos los demás requisitos, y lo cierto es que a los folios 49 y 51 de las actuaciones consta que el trabajador causó baja volunta-

ria del trabajo con fecha 10 de enero de 2007, después de haber estado en situación de alta en la seguridad social 92 días, y con fecha 10 de mayo de 2007, después de haber estado en situación de alta 65 días. Por tanto, no se cumplen los requisitos exigidos en el art. 54.4 del Real Decreto 2393/2004 de haber tenido un período de actividad de al menos tres meses por año, por lo que mucho menos se cumplen los requisitos de seis meses exigidos por el párrafo segundo del número 3 de este artículo 54.

TERCERO.—[...] No se puede considerar como tiempo trabajado el tiempo de prestación de desempleo, por mucho que durante ese tiempo haya cobrado por su situación, pues precisamente esta situación de desempleo implica que no se encontraba trabajando, sin perjuicio de que no se le pudiese expulsar del país durante el tiempo en que se encuentre cobrando el desempleo; pero en ningún caso se puede considerar como trabajo habitual.

No se cumple el requisito de los seis meses trabajados al año que exige el art. 54.3; pero tampoco se cumplen todos y cada uno de los requisitos que se exigen por el artículo 54.4 del Real Decreto 2393/2004, puesto que no se acredita que el contrato por el que se le concedió anteriormente el permiso de trabajo y residencia se interrumpiese por causas ajenas a su voluntad, y ni siquiera se aporta aquel contrato para saber el tipo de contrato u otras circunstancias que pudiesen acreditar que se extinguió por causas no dependientes del trabajador. Tampoco se acredita que estuviese el aquí recurrente-apelante buscado activamente empleo, participando en las acciones que se determinen por el servicio público de empleo o bien en programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas, pues lo único que se acredita es que se dio de alta en el INEM en busca de empleo, así como que se percibió prestaciones por desempleo en forma indebida (folios 37 del expediente administrativo). Por otra parte, al momento de presentarse la solicitud de renovación sólo se aporta un contrato de trabajo de duración determinada por obra o servicio determinado. En suma, tampoco se cumplían los requisitos que exigía el artículo 54.4 del reglamento de extranjería.

También se alega que se ha encontrado de baja por accidente laboral. Esto es cierto y también debe considerarse que mientras se encuentre de baja por accidente laboral lógicamente no se puede exigir que presente contrato de trabajo en vigor distinto de aquel en cuyo desenvolvimiento se produjo el accidente laboral. Ahora bien, este accidente laboral se produjo en agosto de 2008, es decir, con posterioridad a dictarse la resolución de denegación del permiso de trabajo y residencia, pues la resolución fue de fecha 10 de julio de 2008. Indudablemente, el recurso de alzada se resolvió con posterioridad (con fecha 20 de mayo de 2009); pero se da la circunstancia de que a esta fecha el aquí recurrente-apelante no poseía contrato de trabajo en vigor, y a pesar de que al aquí recurrente se le requirió, por segunda vez, por oficio de fecha 13 de abril de 2009 (folio 90 del expediente administrativo) para que acreditase que disponía de un contrato de trabajo en vigor, no lo aportó [...]

También, y con la finalidad de poder otorgarle un permiso de residencia, se le requirió, por oficio de fecha 27 de abril de 2009 (folio 92 del expediente administrativo) que presentase el aquí recurrente documento que acredite que se encuentra percibiendo una prestación económica asistencial de carácter público o que dispone de recursos económicos suficientes para residir en nuestro país. No aporta documento acreditativo de que se encuentre percibiendo prestación económica asistencial de carácter público, y en cuanto a los recursos económicos aporta un certificado de Caja Madrid en el que se indica que a fecha de 5 de mayo de 2009 mantiene un saldo de 3.027,35 €, pero sin especificar la procedencia de este dinero y la disponibilidad del mismo, aunque sí que es titular de la libreta; también se presenta una transacción por la que se le remite desde Marruecos al aquí recurrente-apelante un importe de 500 € con fecha 2 de marzo de 2009. Con estos dos únicos medios de acreditar los recursos económicos, es lógico que no se le conceda un permiso de residencia, pues no se aprecia sean suficientes para salvaguardar las necesidades económicas durante el tiempo de residencia en España. En suma, no es posible aplicar lo recogido en el art. 57.5 de la LO 4/2000.

NOTA

En la Sentencia referenciada se aborda un supuesto de renovación de la autorización de residencia y trabajo en que confluyen diversas circunstancias que la Sala rechaza, quizá con una interpretación excesivamente rígida y rigorista en alguno de los extremos que se le someten a enjuiciamiento, confirmando la sentencia de instancia en cuanto a la denegación de la renovación. Frente a las alegaciones del recurrente la Sala reafirma la interpretación de instancia sobre los requisitos legales y reglamentarios relativos a la renovación.

Recuerda, en primer término, el Tribunal que los requisitos exigidos para la concesión de la renovación han de concurrir en el momento de formular la solicitud y que, en cualquier caso, la carga de probar la concurrencia de los mismos corresponde a quien alega. A continuación, basándose en doctrina de la propia Sala, precisa que la enfermedad no extingue sino que suspende el contrato de trabajo, de lo que deduce que la terminación de contrato es por voluntad del trabajador, incumpléndose de esa manera uno de los requisitos previstos por el artículo 54 del RELOEx para que pueda procederse a la renovación de la autorización.

Al margen de ello, y quizá con una interpretación excesivamente rígida, el Tribunal considera que lo que se está exigiendo por la Ley y por el Reglamento es el ejercicio de actividad, en suma trabajo efectivo. De ahí que estime que no pueden considerarse como equivalentes a efectos de renovación, los días en que el trabajador se encuentra dado de alta en algún régimen de Seguridad Social y los días que realiza la actividad laboral en virtud de la que se concedió la autorización de residencia y trabajo. La conclusión a la que se llega, frente a la consideración del recurrente de tratarse de un error en la apreciación de la prueba, es que los 82 días en que el trabajador estuvo percibiendo la prestación por desempleo no pueden considerarse como «trabajo habitual» a efectos de cómputo de los plazos establecidos en el Reglamento para poder obtener la renovación; evidentemente ello no impide que durante ese período no pueda ser expulsado.

Por otro lado, y por último, merece destacarse la circunstancia de que el Tribunal no nie-

ga que el recurrente hubiese sufrido un accidente de laboral, si bien destaca que el mismo se produce con posterioridad a que se dicte la resolución por la que se le deniega la renovación. Este hecho no puede tener incidencia alguna en el proceso de renovación objeto de enjuiciamiento. Cuestión distinta es si ese infructuoso acontecimiento hubiese podido dar lugar a la exclusiva renovación del permiso de residencia, lo que a juicio del Tribunal tampoco es viable teniendo en cuenta que se requirió al trabajador para que presentase el documento que acreditase que se

encontraba percibiendo una prestación económica asistencial de carácter público o que disponía de recursos económicos suficientes para residir en nuestro país, y no aportó documento acreditativo de que se encontrase percibiendo prestación económica asistencial de carácter público, y en cuanto a los recursos económicos no se consideran que fuesen suficientes para salvaguardar las necesidades económicas durante el tiempo de residencia en España. En suma, no es posible aplicar lo recogido en el art. 57.5 de la LOEx.

Tribunal: **Tribunal Superior de la Comunidad de Madrid**

Fecha: **13 de julio de 2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación 8/2010**

Ponente: **D.ª Ángeles Huet de Sande**

Voz: **Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Renovación. Denegación procedente. Falta de acreditación del cumplimiento de los requisitos. Vulneración del principio de igualdad**

Resumen: PRIMERO.—[...] El acto impugnado ante el Juzgado, por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, es la denegación a la Sra. Rosana, mediante resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 15 de enero de 2009, de su solicitud de renovación del permiso de residencia y trabajo, permiso del que había venido disfrutando con validez hasta el día 1 de diciembre de 2008, por haber acreditado una actividad laboral inferior a seis meses por año, incumpliendo así cuanto se dispone en el art. 54.3 y 4 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, sin perjuicio de que pueda solicitar —según se indica también en la resolución administrativa— una autorización de residencia «no laboral» o cualquier tipo de residencia por circunstancias excepcionales, incluido el arraigo [...].

La Sra. Rosana, nacional de Senegal, aportaba con su solicitud de renovación del permiso de residencia y trabajo la documentación acreditativa de estar casada con un extranjero, nacional de Nigeria, autorizado a residir y a trabajar en España de forma permanente, y tener un hijo en común, menor de edad y de nacionalidad española, residiendo la familia en la misma vivienda. En cuanto a sus circunstancias labo-

rales, aportaba con su solicitud un contrato de trabajo, de fecha 15 de agosto de 2008, a tiempo parcial, eventual por circunstancias de la producción; asimismo, aportaba un certificado de vida laboral, expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social, en el que constaba haber trabajado y estar de alta en la Seguridad Social en los siguientes períodos: de 2 de diciembre de 2005 a 31 de marzo de 2006; de 1 de abril de 2006 a 30 de junio de 2006; de 24 de junio de 2006 a 7 de septiembre de 2006; y una nueva alta el día 15 de agosto de 2008.

Así pues, de dicho certificado se desprendía que la interesada había trabajado ininterrumpidamente, desde diciembre de 2005 hasta septiembre de 2006, no habiendo desempeñado actividad laboral alguna desde septiembre de 2006 hasta agosto de 2008, por lo que esta exigencia de actividad laboral durante tales períodos (seis meses o tres meses) por año no aparece cumplida.

SEGUNDO. La recurrente, sin cuestionar el incumplimiento del requisito indicado, sostuvo ante el Juzgado, en esencia, con invocación del principio constitucional de igualdad (art. 14 CE que la denegación del permiso de trabajo por las razones expuestas supone una discriminación exclusivamente por su condición de extranjera

y la sitúa en posición injustificable de desigualdad con relación a las mujeres españolas que son madres de un hijo español menor de edad ya que, al impedírsele trabajar, se le impide atender a las necesidades de manutención y crianza de su hijo español en igualdad de condiciones que a las madres españolas de hijos españoles. [...]

La sentencia apelada cita diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros en España y sobre la legitimidad constitucional de la modulación por ley del derecho de libertad de circulación en función de la nacionalidad, introduciendo desigualdades entre españoles y extranjeros en lo que atañe a la entrada, salida y residencia en España (SSTC 130/1995, de 11 de septiembre; 94/1993, de 22 de marzo; 242/1994; 150/1994, de 23 de mayo; y ATC 472/1996, y considera, a continuación, que la denegación a la recurrente de la renovación del permiso de residencia y trabajo, por las razones indicadas en la resolución de la Delegación del Gobierno, no supone infracción alguna del derecho fundamental de igualdad por las siguientes razones que se resumen en el Fundamento Jurídico Cuarto, *in fine*, de la sentencia apelada:

«... la presunta desigualdad de trato dada a la recurrente como ciudadana extranjera respecto del que corresponde a los ciudadanos españoles a residir y trabajar en España, no se sustenta en una premisa válida, en cuanto:

- a) se propone la comparación con una situación esencialmente desigual, cual es la del derecho a residir en España de los ciudadanos españoles.
- b) el acto administrativo ciñe su decisión a la procedencia o no de autorizar administrativamente la residencia de la actora en España, siendo así que el régimen jurídico del que deriva el eventual derecho de la actora, como ciudadana extranjera, a residir en España, no es asimilable al régimen jurídico de ese mismo derecho respecto de los ciudadanos españoles, ni aquéllos son titulares de ese derecho constitucional como sí lo son los españoles, debiendo atenderse por ello a lo establecido en la ley y en los Tratados para acceder al mismo, de manera que el

debate ha de ser reconducido a una cuestión de legalidad ordinaria, en la medida en que no pueden bastar la mera invocación de desigualdad para obtener el derecho a residir legalmente en España, con absoluta abstracción o al margen del cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley y los Tratados internacionales».

TERCERO.—Insiste la apelante, Sra. Rosana, ante la Sala en cuanto ya argumentara ante el Juzgado, siendo apoyada en ello por el Ministerio Fiscal que ha solicitado la estimación del recurso de apelación.

Y así, se argumenta por la apelante y por el Ministerio Fiscal que, como madre de un menor español, está obligada (art. 39 CE) a prestarle asistencia durante su minoría de edad y que, al negársele el permiso de trabajo, se le está discriminando, en relación con las madres españolas de hijos españoles, ya que éstas pueden ejercer su derecho a criar y mantener a sus hijos españoles menores de edad, en cuanto se les permite trabajar, mientras que a la Sra. Rosana, al negársele el permiso de trabajo, se le está impidiendo proveer a las necesidades de su hijo, ciudadano español, quedando así, en situación de desigualdad; entienden, tanto la apelante como el Ministerio Fiscal, que aunque los términos de comparación no son idénticos (otras madres de nacionalidad española y la recurrente, extranjera), sí concurre una igualdad sustancial, pues en ambos casos se trata de mujeres que ostentan la patria potestad sobre un ciudadano español menor de edad y han de ostentar, por ello, los mismos derechos.

La Abogacía del Estado solicita, en cambio, la confirmación de la sentencia cuyos fundamentos comparte.

CUARTO.—[...] Por tanto, no basta con la mera constatación de que la recurrente es extranjera para entender excluida la relevancia constitucional de la cuestión planteada desde la perspectiva del art. 14 CE (por considerarlo un término de comparación no idóneo), pues el análisis de la vulneración del principio constitucional de igualdad en estos casos debe realizarse —y así lo ha hecho el Juzgado— a la vista de la

doctrina construida por el Tribunal Constitucional sobre la posición jurídica de los extranjeros en relación con los derechos y libertades consagrados en el Título I de la Constitución que, en síntesis, y según se argumenta en la STC 107/84, a la que venimos haciendo mención, es la siguiente: «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación debe ser igual para ambos (los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana); existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio».

En este caso, como se destaca por la apelante, la vulneración del derecho de igualdad que se alega se hace derivar más de la denegación del permiso de trabajo que del de residencia —que es sobre el que argumenta el Juzgado—, en la medida en que al privarse a la apelante de la posibilidad de trabajar, se le impediría, según se alega, cuidar a su hijo de nacionalidad española y proveer a sus necesidades, situación que se considera injustificadamente desigual con relación a las madres españolas de hijos menores españoles a las que sí se les permite trabajar y, por tanto, criar y mantener a sus hijos.

Así pues, dado que en el presente caso la igualdad se invoca respecto del derecho al trabajo (art. 35 CE) y que respecto de este derecho, como la propia STC 107/84 señala, resulta admisible la diferencia de trato entre españoles y extranjeros, el derecho de la apelante a trabajar en los mismos términos que los españoles y, en concreto, que las mujeres españolas madres de hijos menores españoles, que es lo que se invoca, dependerá de que por ley o por tratado internacional ese derecho le esté atribuido al ciudadano extranjero como a los españoles, porque, en tal supuesto, la vulneración del tratado o de la ley tendrá relevancia constitucional desde la perspectiva del art. 14 CE y, en otro caso, será una mera cuestión de legalidad ordinaria.

Por tanto, la relevancia constitucional del derecho a un trato igualitario invocado por la re-

currente, ciudadana extranjera, está subordinada a la existencia de su reconocimiento por ley o tratado, de suerte que, si el mismo no existiera, no sería exigible la igualdad de trato que se invoca. En similares términos se razona en la STC 130/95.

QUINTO.—[...] Así pues, los extranjeros, como la recurrente, para poder trabajar en España deben estar provistos de dicha autorización administrativa previa, debiendo cumplir los requisitos para su obtención, y en cambio, los españoles pueden trabajar sin necesidad de obtener autorización administrativa previa alguna. Por ello, a la denegación de dicha autorización administrativa para trabajar por incumplimiento de los requisitos normativamente establecidos para obtenerla —incumplimiento que no se cuestiona por la apelante—, no puede anudarse la vulneración del principio constitucional de igualdad con relación a los españoles ya que éstos no necesitan de autorización administrativa alguna para trabajar. La Ley ha establecido así un trato diferente entre españoles y extranjeros en relación con el derecho al trabajo, diferenciación que resulta constitucionalmente legítima conforme antes explicábamos y que impide la exigencia de un trato igualitario al respecto entre españoles y extranjeros.

Ciertamente, el art. 39 CE (RCL 1978, 2836), también invocado en la demanda, establece que «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.»

Ahora bien, se trata de un «principio rector de la política social y económica» del Capítulo

Tercero del Título Primero de la Constitución que sólo puede ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art. 53.3 CE).

Y en este caso, además, no se ha privado a la apelante de forma absoluta de la posibilidad de trabajar en España, pues la propia resolución impugnada le indica otras vías para poder hacerlo, cual es la de la obtención del permiso de residencia por arraigo (art. 31.3 de la LO 4/2000 que lleva aparejada la autorización para trabajar en España (art. 45.7 del RD 2393/2004). Así pues, la resolución impugnada no priva del derecho al trabajo a la recurrente, sino sólo de obtener la autorización para trabajar por la concreta vía pretendida, renovación de una autorización anterior, por no cumplir los requisitos para tal renovación, indicándole la propia resolución impugnada otras vías para obtener la necesaria autorización para trabajar, dada su situación de arraigo por estar casada con un residente legal con autorización de residencia permanente, tener en común un hijo de nacionalidad española, haber disfrutado antes de permiso de residencia y trabajo con el que ha llevado a cabo alguna actividad laboral, tener actualmente un nuevo contrato de trabajo, etc.

NOTA

Nos encontramos ante un caso ciertamente singular de un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, que trae su causa de la denegación de la renovación de una autorización de residencia y trabajo a una ciudadana senegalesa que incumple, sin desvirtuarlo, los requisitos establecidos legal y reglamentariamente.

Con apoyo del Ministerio Fiscal, la recurrente sostiene que la denegación del permiso de trabajo supone una discriminación exclusivamente por su condición de extranjera y la sitúa en posición injustificable de desigualdad con relación a las mujeres españolas que son madres de un hijo español menor de edad ya que, al impedirle trabajar, se le impide atender a las necesidades de manutención y crianza de su hijo español, derivadas del artículo 39 CE en igualdad de condiciones que a las madres españolas de hijos españoles. Entiende, tanto la apelante

como el Ministerio Fiscal, que aunque los términos de comparación no son idénticos (otras madres de nacionalidad española y la recurrente, extranjera), sí concurre una igualdad sustancial, pues en ambos casos se trata de mujeres que ostentan la patria potestad sobre un ciudadano español menor de edad y han de ostentar, por ello, los mismos derechos.

Cierto es que como la propia Sentencia argumenta, la vulneración del derecho de igualdad que se alega se hace derivar más de la denegación del permiso de trabajo que del de residencia en la medida en que al privarse a la apelante de la posibilidad de trabajar, se le impediría, según se alega, cuidar a su hijo de nacionalidad española y proveer a sus necesidades.

Aun cuando no le falta la razón a la recurrente al apreciar la igualdad sustancial en ambos supuestos —en los dos casos se trata de mujeres que ostentan la patria potestad sobre un ciudadano español menor de edad y han de ostentar, por ello, los mismos derechos—, al desplazarse sobre el derecho al trabajo la supuesta vulneración del principio de igualdad determina que el Tribunal se acoja a la doctrina constitucional consagrada desde la STC 107/84. Como se sabe, desde aquella fecha se concede amparo constitucional a la diferencia de trato entre españoles y extranjeros, lo que aplicado al caso que nos ocupa permite afirmar a la Sala en relación con el derecho al trabajo que «dependerá de que por ley o por tratado internacional ese derecho le esté atribuido al ciudadano extranjero como a los españoles, porque, en tal supuesto, la vulneración del tratado o de la ley tendrá relevancia constitucional desde la perspectiva del art. 14 CE y, en otro caso, será una mera cuestión de legalidad ordinaria».

La conclusión a la que llega la Sala es evidente, la denegación de la renovación de dicha autorización administrativa para trabajar por incumplimiento de los requisitos normativamente establecidos no vulnera el principio constitucional de igualdad con relación a los españoles ya que éstos no necesitan de autorización administrativa alguna para trabajar y ello aunque se alegue, como se adelantó, el propio artículo 39 CE que consagra el principio de protección a la familia. Como se sabe, se trata de un «princi-

pio rector de la política social y económica» del Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución que, como bien razona el Tribunal sólo puede ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE).

No debe pasar inadvertido, por último, el hecho de que sea el propio Tribunal el que indica cuál ha de ser el camino que debe seguir la

recurrente para obtener la autorización para trabajar que no es otro que el arraigo, ya que cumple las condiciones para ello: está casada con un residente legal con autorización de residencia permanente, tiene en común un hijo de nacionalidad española, ha disfrutado antes de permiso de residencia y trabajo con el que ha llevado a cabo alguna actividad laboral y tiene actualmente un nuevo contrato de trabajo.

DERECHO PENAL

Delito contra el derecho de los ciudadanos extranjeros: tráfico ilegal de inmigrantes. Permanencia ilegal en España. Intervenciones telefónicas: carecen de legitimidad constitucional las intervenciones. No se produce indefensión. Caso: las mujeres extranjeras venían a España para ejercer la prostitución. Los acusados financiaban el viaje. Tenían beneficio económico directo. No se dice que se haya ejercido la prostitución bajo coacción.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña**

Fecha: **6 de octubre de 2010**

Procedimiento Abreviado: **33/2007**

Ponente: **Don Ángel Manuel Pantín Riegada**

Voz: **Delito de tráfico ilegal de inmigrantes**

Del resultado de las pruebas practicadas en el presente procedimiento se declara probado que la procesada doña María del Pilar, de nacionalidad brasileña, mayor de edad y carente de antecedentes penales, durante los años 2005 y 2006 servía de enlace a los titulares de diversos clubes de Galicia para la localización de mujeres en Brasil dispuestas a venir a España para ejercer la prostitución en los clubes. Para ello los dueños de los clubes allegaban dinero a doña María del Pilar para financiar el viaje, de lo cual la acusada obtenía un porcentaje, y doña María del Pilar gestionaba los pasajes y organizaba desde España el viaje de dichas mujeres.

Concretamente los procesados don Camilo, director y dueño del club H. sito en A Coruña conjuntamente con su esposa doña África, mayores de edad ambos y sin antecedentes computables, proporcionaron a doña María del Pilar la cantidad aproximada de 3.000 euros por cada mujer para que éstas pudieran realizar el viaje desde Brasil a España con la finalidad de ejercer la prostitución en su club. Al menos dos mujeres

viajaron de ese modo y ejercieron la prostitución en el club para saldar con el dinero obtenido con tal ejercicio dicha deuda.

El procesado don Emilio, mayor de edad y de antecedentes no computables, encargado del club C. sito en el municipio de Miño (A Coruña), también adelantaba cantidades para adquirir pasajes y financiaba la entrada en el territorio español de diversas mujeres brasileñas para el ejercicio de la prostitución en su club. En concreto, lo llevó a cabo respecto de las testigos protegidas con n.º judicial de identificación (...), que viajaron desde Brasil con la finalidad de ejercer la prostitución en España, lo que hicieron en el referido club a las órdenes del acusado, quien descontaba lo que ellas obtenían con tal ejercicio hasta la total satisfacción de las cantidades adelantadas.

La referida testigo protegida (...) abandonó el club sin haber pagado la totalidad de la deuda, al estar a disgusto con el trato que recibía en el club, en particular, por las continuas multas económicas que el acusado le imponía y por no

permitírsele percibir apenas ingresos por el ejercicio de la prostitución, al destinarlos el club de forma prácticamente íntegra a saldar la deuda. El procesado, con la intención de atemorizarla para hacerla volver al club para que siguiera pagando con el ejercicio de la prostitución lo que restaba de tal deuda, acudió un día no precisado del año 2006 a un establecimiento público de A Coruña (mesón de ambiente brasileño «S.») donde, en presencia de la testigo protegida (...) y de doña María del Pilar, abordó a la testigo n.º (...) (...), la agarró del brazo y le exigió que volviera al club. Ante la intervención de doña María del Pilar y la negativa de la testigo (...), quien manifestó que llamaría a la policía, el acusado abandonó el lugar manifestando a ambas que «esto no quedará así».

El procesado don Ambrosio, mayor de edad y sin antecedentes computables, dirigía el club (...) donde se ejercía la prostitución, sin que se haya probado que haya tenido intervención en la entrada ilegal de mujeres brasileñas en España.

La procesada doña María del Pilar adquiría billetes de avión para estos viajes de mujeres brasileñas a España para ejercer la prostitución a través de la agencia B., sita en (...) (A Coruña), en la que actuaba como encargado el procesado don Julián, quien trataba con doña María del Pilar los pormenores de tales viajes y le facilitaba el tipo de billetes y rutas que aquélla le solicitaba. Algunos o todos de estos billetes que se adquirirían materialmente en otra agencia vinculada, al carecer B. de autorización para expedir pasajes de avión se compraban a crédito o de forma aplazada, habiendo autorizado la propietaria de la agencia, la procesada doña Ruth esta forma de actuación.

(...).

Respecto de si esta entrada y permanencia de las mujeres en el territorio nacional puede considerarse constitutivo de inmigración ilegal, consta que estamos ante una situación planificada en la que las mismas acceden a España con vocación de cierta permanencia temporal, no sólo hasta que saldasen la deuda con los dueños de los clubes —lo que según los datos aportados se produciría en un lapso medio de dos a cuatro meses, en el que incidían las sanciones económicas impuestas por los dueños de los

clubes— sino durante el tiempo necesario para obtener los ingresos que habían determinado su decisión de venir a España; en la que se pretende llevar a cabo una actividad productora de ingresos; y en la que tal actividad es indiscutiblemente ilícita y clandestina, careciendo las mujeres de contratos laborales o de cualquier tipo de protección social.

Es decir, que aunque —como se expresó— el escrito de acusación no detalle el subterfugio que sirve de cobertura a la entrada aparentemente lícita de las mujeres en España —entran con visados temporales de turistas, como han destacado todas las mujeres y los imputados (doña Noelia, Sr. Julián), portando cierta cantidad de dinero para dar visos de realidad a tal pretendido propósito—, ello no priva de tipicidad a la conducta que el escrito de acusación imputa, pues la promovida y financiada entrada de extranjeros en territorio nacional para ejercer la prostitución en situación de explotación constituye necesariamente una inmigración ilegal, no permitida por las leyes de extranjería, manifestando al efecto con claridad la STS 1 de octubre de 2004, n.º 1092/2004 —para la aplicación del art. 313 CP, que comparte elementos con el tipo examinado— «en cualquiera de los casos, sea cual sea la excusa utilizada al traspasar los controles fronterizos, es claro que no es posible entrar en España expresando ante las autoridades que la finalidad es la prestación de un trabajo consistente en el ejercicio de la prostitución, finalidad atribuida al recurrente, que el Tribunal de instancia ha declarado probada en la sentencia. Esta forma de proceder supone una entrada clandestina, en cuanto se realiza al margen de la regulación de la materia, ocultando su ilícita finalidad, que de ser conocida haría la entrada imposible»; expresando en igual sentido la STS 22 de noviembre de 2005, n.º 1465/2005, para un supuesto análogo de viaje de mujeres extranjeras organizado para la explotación de su prostitución, que «los hechos revestirían además los caracteres de inmigración clandestina, como señaló el órgano *a quo*, pues no consta que ninguno de los sujetos intervinientes revelaran a las Autoridades fronterizas la auténtica razón de su viaje a territorio nacional».

(...).

En el caso el escrito de acusación no otorga a doña Noelia un papel directo en la explotación de la prostitución de las mujeres —aunque otra cosa podría deducirse de la prueba, en particular de su supervisión sobre el comportamiento de aquéllas en los clubes y del hecho de que asumiera ella ante los dueños de los clubes la deuda contraída por las mujeres que abandonaban aquéllos y que seguían pagando la deuda en otros establecimientos— pero no puede menos de advertirse que resultaría poco coherente apreciar la agravación examinada en quien obtiene su lucro promoviendo la entrada ilegal de quienes son explotadas sexualmente y no en quienes obtienen un lucro mucho mayor con la explotación sexual de aquellas personas cuya entrada ilegal han no sólo promovido sino directamente financiado. Por ello —y con la perspectiva de que ya la aplicación de los apartados 1 y 2 del art. 318 bis CP supone una sustancial elevación de la sanción de la conducta respecto de la prevista en el art. 313 CP también regulador de la inmigración ilegal— ha de estimarse que no procede la aplicación del subtipo imputado.

(...).

Estamos de nuevo ante la descripción de conductas que no son susceptibles de integrar el tipo del art. 188.1 CP.

No se dice que el ejercicio de la prostitución o el mantenimiento en ella fuera fruto de engaño, coacción o abuso de circunstancias que no se describen. Que se produjera una aplicación de las cantidades que las mujeres ganaban al pago de la deuda o devolución de lo adelantado por el acusado, privándolas así de unos ingresos mínimos, podría, de ser fruto de la situación prevalente en que como empleador de personas en situación ilegal se encontrase el acusado, susceptible en su caso de ser castigado al amparo del art. 312.2 CP, pero ello no afecta a lo que la imputación no describe y que resulta el eje fáctico central, como era que las testigos antes referidas, como todas ellas refirieron, —la n.º 8 ofreció una descripción dubitativa de la cuestión y no se ha imputado la concurrencia de engaño respecto de ella— viajaron sabiendo que en España ejercerían la prostitución y conociendo que tendrían que pagar con su trabajo una cantidad correspondiente al pago del viaje, siendo discrepantes sus manifestaciones en cambio sobre su conocimiento previo de la cantidad que al llegar se le decía que debían abonar, pero ya se ha referido que no se imputa en el escrito de acusación el hecho de hacer pagar sobrepagos o cantidades superiores a las adelantadas por los dueños de los clubes.

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: intento de introducir en España a una ciudadana que carece de documentación. Ocultación en salpicadero de vehículo. Pena: prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga**

Fecha: **7 de octubre de 2010**

Procedimiento Abreviado: **19/2010**

Ponente: **Don Diego Giner Gutiérrez**

Voz: **Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: inmigración clandestina**

Que las partes de mutuo acuerdo en el acto del Juicio Oral, calificaron conjuntamente los hechos como constitutivos de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, previsto y penado en los artículos 318 n.º 1 y n.º 6 del Código Penal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, siendo autor el acusado conforme al artículo 28 del Código Penal y solicitando la pena de

3 años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y abono de las costas.

Que en la tramitación de este proceso se han observado todas las prescripciones legales. Probada y así se declara por conformidad de las partes que sobre las 18.00 horas del día 3 de mayo de 2010, el acusado Luis María, de na-

cionalidad marroquí y sin antecedentes penales, cuando se disponía a introducirse en Melilla a través del puesto fronterizo con Marruecos de Beni-Enzar, conduciendo el vehículo, matrícula marroquí (...), agentes de la Guardia Civil des-

cubrieron oculto en el interior de dicho turismo en un habitáculo practicado al efecto en el salpicadero, a Regina, ciudadana de Ghana, y que carece de la documentación necesaria para acceder a territorio de la Comunidad Europea.

HOMOLOGACIÓN

Homologación de títulos extranjeros: Orden Ministerial por la que se homologa el título argentino de técnico constructor con el universitario español de arquitecto técnico. Nulidad de dicha orden por no haber conferido la condición de parte en el procedimiento de homologación al Consejo General de Colegios de Arquitectos, que ostentaba un interés directo en dicho procedimiento. Retroacción de actuaciones al momento en que se produjo la solicitud homologación del título.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **8 de septiembre de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **1018/2003**

Ponente: **Don Jesús Cudero Blas**

Voz: **Homologación de títulos extranjeros. Arquitecto técnico en Argentina: denegación. Seguridad jurídica**

Se impugna en el presente proceso la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 1 de julio de 1991, por la que se acuerda la homologación del título argentino de «Técnico Constructor», obtenido por don Baldomero en la Escuela Industrial «Domingo Faustino Sarmiento» de la Universidad Nacional de San Juan (Argentina) con el título universitario español de «Arquitecto Técnico».

En su escrito de demanda aducía el actor, como único motivo de impugnación, la falta de equivalencia entre los estudios cursados por el interesado en la indicada Escuela Industrial, conducentes al título de «Técnico Constructor», con los que se requieren para obtener el título español de Arquitecto Técnico en los correspondientes centros universitarios de nuestro país.

(...).

Es de advertir —de forma liminar— que de la prueba practicada a raíz de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en grado de casación en la presente causa resulta que el interesado presentó la solicitud de colegiación el 15 de julio de 2003, mientras que el actual recurso

contencioso se presentó el 3 de octubre de 2003, de donde que haya de concluirse —teniendo en cuenta el carácter inhábil del mes de agosto— que el recurso se interpuso de forma tempestiva en función de lo sentado por la novísima jurisprudencia recogida en la meritada sentencia de casación del alto Tribunal.

Presupuesto lo anterior, por razones sistemáticas debe abordarse, en primer lugar, el motivo de nulidad (aducido por el demandante en su escrito de 8 de junio de 2010) derivado de la falta de emplazamiento del Consejo General demandante en el expediente de homologación del título que nos ocupa.

(...).

Como es lógico en supuestos como el presente se trata de defender por el Consejo intereses colectivos que trascienden al individual de cada profesional, y que interesan a todos, como son los intereses propios de una profesión como tal, en cuyo caso ese interés no es un interés indirecto sino directo del Colegio o Consejo, lo que obligaría a la Administración de acuerdo con el art. 34 de la Ley de Régimen Jurídico

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a comunicar a dichas personas jurídicas la tramitación del procedimiento, puesto que es obvio que pueden resultar afectados por la resolución que se dicte.

Esta solución no pugna con el principio de seguridad jurídica sino que lo refuerza porque la intervención en el expediente de quienes son titulares de ese interés legítimo y directo evitaría situaciones no deseadas como las detectadas en los supuestos que hemos examinado en las Sentencias anteriores referidas y en esta misma. En consecuencia es claro que los Colegios o Consejos son interesados directos en estos procedimientos y deben ser emplazados en los mismos cuando se trate de homologar títulos que afecten a la profesión regulada y titulada que cada uno represente.

La doctrina expuesta condujo al Alto Tribunal a declarar la disconformidad a derecho de aquellas resoluciones ministeriales que proce-

dieron a la homologación de títulos extranjeros cuando se constataba en el expediente la falta de emplazamiento, como interesado directo, del Consejo General de Colegios correspondiente a la profesión concernida.

El carácter reiterado de tal doctrina obliga a la Sala a aplicar el criterio indicado por cuanto, tal y como se sigue de las actuaciones, el Consejo General de Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos no fue emplazado en el procedimiento de homologación del título que constituye el objeto del presente proceso.

Procede, por ello, estimar el recurso y, en consecuencia, ordenar la retroacción de las actuaciones administrativas al momento en que se produjo la solicitud de homologación del título del Sr. Baldomero para que, con emplazamiento en dicho procedimiento como interesado directo del Consejo General de Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, se proceda a la tramitación legalmente prevista del indicado expediente de homologación.

Homologación de títulos extranjeros: título de «Bachelor of Science in Computing» expedido por la Universidad Británica al título español de Licenciado. Desestimación procedente a la vista del motivado juicio de equivalencia efectuado por el órgano técnico en ejercicio de su potestad de discrecionalidad técnica. Derecho comunitario: inexistencia de infracción, ya que no se ha desconocido en modo alguno la existencia y validez del título extranjero expedido a favor del recurrente sino que, simplemente y en aplicación de la normativa vigente, se ha considerado no homologable al título español de licenciado por falta de correspondencia entre las enseñanzas de ambos.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 30 de septiembre de 2010

Recurso Contencioso-Administrativo: 510/2008

Ponente: Don Jesús Cudero Blas

Voz: Homologación de títulos extranjeros. Título de «Bachelor of Science in Computing» expedido por la Universidad Británica. Desestimación: juicio de equivalencia

Se impugna en el presente proceso la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de fecha 22 de agosto de 2007, confirmada en reposición por la de 24 de marzo de 2008, por la que se denegó la homologación del título de «Bachelor of Science in Computing» expedido por la University of Wales (Reino Unido) al grado académico español de licenciado.

La decisión recurrida fundamenta la denegación de la homologación pretendida en el Dictamen emitido por el Consejo de Coordinación Universitaria con fecha 11 de junio de 2007, en el que, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 285/2004, se entiende que no existen elementos suficientes para entender cumplido el requisito de equivalencia

de la titulación obtenida por el solicitante con el grado académico español de licenciado que se pretende.

El demandante aduce, como motivos de impugnación, los siguientes: a) La aplicación indebida del artículo 19.1.b) del Real Decreto 285/2004; b) La equiparación absoluta sin necesidad de homologación —derivada del Real Decreto 1393/2007— de los títulos universitarios emitidos por Universidades con sede en alguno de los países del Espacio Europeo de Educación Superior con los emitidos por Universidades españolas a los efectos de cursar un programa de Master Oficial, siempre y cuando la titulación extranjera permita en la Universidad de origen cursar este tipo de estudios de postgrado; c) La existencia de precedentes administrativos que habrían otorgado la homologación de títulos idénticos al del recurrente; d) La infracción del Derecho Comunitario.

(...).

Pues bien, en el informe técnico que consta en autos (emitido por el Consejo de Coordinación Universitaria con fecha 11 de junio de 2007) se dice literalmente lo siguiente:

Se trata de un título que aunque pudiera parecer que sanciona un programa de una duración de 4 años/cursos, sólo acredita 180 créditos ECTS distribuidos en los tres últimos cursos. Previo a estos se certifica un curso que la autoridad competente considera de «O Level» por cuanto no lleva consignada carga crediticia alguna. Utilizando idéntica terminología en el cuarto año la misma autoridad se refiere a «Level 3». Tal indicación implica, como muy bien conocen las autoridades españolas intervinientes en el procedimiento de homologación de títulos extranjeros, que el título de bachelor se obtiene tras la superación de un programa de tres años de duración.

Tal circunstancia se constata de forma general en las frecuentes solicitudes de reconocimiento y homologación de las titulaciones de «Bachelor» expedidas por diferentes Universidades del Reino Unido. El curso previo, denominado «0 (cero)», no forma parte del programa de estudios conducentes a la obtención del referido título por cuanto los 180 créditos ECTS, muy lejos a los 300 créditos necesarios para

conferir en España el grado de académico de Licenciado, solamente se distribuyen en los tres últimos. La naturaleza del repetido curso 0 parece estar más relacionada con el centro español donde se han seguido los estudios (Fundación San Valero) que con la Institución extranjera del título de Bachelor, la Universidad de Gales, institución respecto a la que debe predicarse la condición de extranjero que es lo que hace posible la aplicación del procedimiento de homologación establecido en el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero.

Así pues y frente a la titulación objeto de este informe (Bachelor de tres años con 180 créditos, a los que se añade un primer año de estudios sin acreditación en carga electiva y sin obtención de créditos), debe señalarse que el sistema universitario español se estructura en tres ciclos: el primero, que comprende las enseñanzas básicas y de formación general (Diplomado), el segundo, que se dedica a la profundización y especialización en las correspondientes enseñanzas así como a la preparación para el ejercicio de actividades profesionales (Licenciado), y por último, el tercer ciclo, en el que se cursan los estudios de doctorado, que se dedica a la enseñanza y desarrollo de actividades de investigación.

(...).

A la vista de todo lo expuesto se propone informe desfavorable a la homologación del título de Bachelor al grado de académico de licenciado al no cumplirse todos los presupuestos exigidos legalmente que permitan establecer una equiparación o identificación suficiente entre ambos, correspondencia entre grados académicos y sustantividad para el acceso a los estudios de doctorado. Por otra parte, se consideran más próximos al grado de Bachelor los grados académicos que se pueden alcanzar con la superación de los estudios de primer ciclo, siendo en este caso el grado de Diplomado el que se puede identificar de modo más pleno con el título aportado.

Como señalamos en la citada sentencia de 28 de abril de 2010, ha de recordarse que el juicio de equivalencia de que se trata implica un juicio de discrecionalidad técnica, que, cual hace notar la jurisprudencia del Tribunal Supre-

mo, no está al alcance de los órganos administrativos ordinarios, como tampoco del órgano judicial que ha de resolver, sin que sea dable en sede judicial la mera sustitución de aquel juicio discrecional por otro más o menos fundado, de tal forma que la labor en estos casos de los Tribunales de Justicia viene dada por el limitado control de legalidad que normalmente se proyecta sobre las decisiones administrativas apoyadas en juicios de discrecionalidad técnica, de suerte que sólo si se aprecian errores patentes, desviación de poder o infracción de los elemen-

tos reglados podrá la parte interesada obtener un pronunciamiento favorable a sus pretensiones, circunstancias que no se han acreditado en el supuesto que nos ocupa.

Por lo demás, ninguna de las restantes alegaciones del demandante permite desvirtuar la conclusión expuesta y sustituir el juicio de correspondencia emitido por el correspondiente órgano técnico por otro distinto favorable a la tesis que propugna la homologación del título que ostenta el recurrente al grado académico español de licenciado.

Reconocimiento de títulos: Abogados. Negación del derecho al demandante a presentarse a una prueba de aptitud para el ejercicio de la profesión de abogado en Austria. Estudios cursados en Austria y España, país este último en el que tiene reconocido su título y donde de hecho ejerce la profesión de letrado. Reconocimiento del derecho a presentarse a las pruebas cuestionadas, sin que la autoridad austriaca pueda alegar la falta de realización del período de prácticas que exige la normativa del Estado miembro.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **22 de diciembre de 2010**

Cuestión Prejudicial: **C-118/09**

Ponente: **Sr. Larsen**

Voz: **Reconocimiento de títulos universitarios: Abogados**

El 25 de noviembre de 2002, el Sr. Koller, nacional austriaco, obtuvo en la Universidad de Graz (Austria) el título de «Magister der Rechtswissenschaften», que acredita haber concluido un ciclo de estudios universitarios de Derecho de al menos 8 semestres.

Mediante Orden Ministerial de 10 de noviembre de 2004, el Ministerio español de Educación y Ciencia reconoció la equivalencia del título de «Magister der Rechtswissenschaften» con el de «Licenciado en Derecho», en la medida en que el solicitante había seguido clases en la Universidad de Madrid y había aprobado los exámenes complementarios de conformidad con el procedimiento de homologación previsto en Derecho interno español.

El 14 de marzo de 2005, el Colegio de Abogados de Madrid, tras comprobar que el Sr. Koller poseía el título de «Licenciado en Derecho», lo autorizó a utilizar el título de «Abogado».

El 5 de abril de 2005, el Sr. Koller solicitó a la Rechtsanwaltsprüfungskommission del Oberlandesgericht Graz ser admitido a la prueba de aptitud para el ejercicio de la profesión de abogado. Al mismo tiempo solicitó la dispensa prevista en el artículo 29 de la EuRAG para todas las materias que formaban parte del examen de aptitud.

Mediante decisión de 11 de agosto de 2005, el Presidente de la referida Rechtsanwaltsprüfungskommission desestimó, sobre la base del artículo 27 de la EuRAG, la solicitud de admisión a la prueba de aptitud. En ese momento, el Sr. Koller ejercía la profesión de abogado en España. Recurrió dicha decisión ante la *Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission* (Comisión Superior disciplinaria y de apelación; en lo sucesivo, «OBDK»).

Mediante decisión de 31 de enero de 2006, la OBDK desestimó las pretensiones del solicitante. Dicha Comisión se basó, en primer lugar,

en el hecho de que, en España, a diferencia de la normativa aplicable en Austria, no es necesario efectuar prácticas para ejercer la profesión de abogado. La OBDK concluyó que, con su solicitud, el Sr. Koller pretendía eludir las prácticas obligatorias de cinco años exigidas por la referida normativa.

En segundo lugar, el título de «Licenciado en Derecho» no basta, según la OBDK, para ser admitido a la prueba de aptitud de conformidad con el capítulo 3 de la EuRAG. A este respecto, el artículo 1, letra a), segundo guión, de la Directiva 89/48 modificada distingue entre el hecho de haber cursado con éxito un ciclo de estudios postsecundarios de una duración mínima de tres años y la formación profesional requerida además del ciclo de estudios postsecundarios. En tales circunstancias, ha de considerarse que la prueba de aptitud es un examen exigido por la EuRAG, destinado exclusivamente a evaluar los conocimientos profesionales del solicitante. Según la OBDK, el Sr. Koller, al no disponer de ningún conocimiento profesional, no puede ser admitido a la prueba de aptitud. Finalmente, la simultaneidad entre la solicitud de ser admitido a la prueba de aptitud y la solicitud de dispensa tiene por objeto, en realidad, eludir intencionadamente la normativa austriaca.

Mediante sentencia de 13 de marzo de 2008, el *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional austriaco) anuló la referida decisión a instancia del Sr. Koller, en particular, por la inexistencia de elementos que indicaran un abuso por parte del solicitante. Por consiguiente, la OBDK debe pronunciarse nuevamente sobre la solicitud de admisión a la prueba de aptitud para ejercer la profesión de abogado del Sr. Koller.

En estas circunstancias, la OBDK decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Procede aplicar la Directiva 89/48 (...) en el caso de un nacional austriaco que a) ha concluido en Austria estudios universitarios de Derecho y ha obtenido, en virtud de una resolución, el título académico de “Magister der Rechtswissenschaften”, b) a continuación, ha sido autorizado, mediante un título de recono-

cimiento del Ministerio de Educación y Ciencia (español), tras haber realizado varios exámenes complementarios en una universidad española cuya duración fue, sin embargo, inferior a tres años, a ostentar el título español de “Licenciado en Derecho”, equivalente al título austriaco, y c) ha obtenido, inscribiéndose en el Colegio de Abogados de Madrid, la autorización para utilizar el título profesional de “abogado” y ha ejercido de hecho la abogacía en España, durante las tres semanas previas a la presentación de la solicitud y, en total, durante a lo sumo cinco meses antes de la fecha de la decisión en primera instancia?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

¿Es compatible con la Directiva 89/48 (...) interpretar el artículo 24 de la EuRAG, en el sentido de que la obtención de un título austriaco de Derecho así como la autorización para utilizar el título español de “Licenciado en Derecho”, obtenida después de haber aprobado en una universidad española una serie de exámenes complementarios en un período inferior a tres años, no bastan para presentarse en Austria al examen de aptitud, conforme al artículo 24, apartado 1, de la EuRAG, sin aportar la prueba de la experiencia práctica exigida por el Derecho nacional (artículo 2, apartado 2, del RAO) aunque el solicitante haya sido autorizado en España para ejercer como “abogado”, sin que se le exija una prueba comparable de experiencia práctica y ha ejercido en dicho Estado esta profesión durante las tres semanas previas a la presentación de la solicitud y, en total, durante a lo sumo cinco meses antes de la fecha de la decisión en primera instancia?».

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) Quien está en posesión de un título expedido en el Estado miembro de acogida que acredita haber concluido un ciclo de estudios universitarios de más de tres años de duración y de un título equivalente expedido en otro Estado miembro tras una formación complementaria de menos de tres años, que lo habilitan para acceder, en ese último Estado, a la profesión

regulada de abogado que ejercía efectivamente en dicho Estado en el momento en que solicitó ser admitido a la prueba de aptitud, puede invocar las disposiciones de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, en su versión modificada por la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001, con el objetivo de acceder, siempre que supere

una prueba de aptitud, a la profesión regulada de abogado en el Estado miembro de acogida.

2) La Directiva 89/48, en su versión modificada por la Directiva 2001/19, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que las autoridades competentes del Estado miembro de acogida denieguen a una persona que se encuentra en una situación como la del demandante en el litigio principal la admisión a la prueba de aptitud para el ejercicio de la profesión de abogado por no haber realizado el período de prácticas que exige la normativa de dicho Estado miembro.

NACIONALIDAD

Nacionalidad: Requisito de la residencia legal. Concesión. Plazo de residencia reducido por razón de matrimonio. Acreditación de la convivencia del matrimonio durante el año anterior a la petición de nacionalidad.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **28 de septiembre de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **334/2009**

Ponente: **Don Francisco Díaz Fraile**

Voz: **Nacionalidad española por residencia: natural de Palestina**

Se impugna la resolución de 9 de marzo de 2009 del Ministerio de Justicia, que desestimó el recurso de reposición formulado en su día por la hoy parte actora contra una anterior resolución de 19 de noviembre de 2008 que le había denegado la concesión de la nacionalidad española por no llevar «diez años de residencia legal en España exigidos por el artículo 22 del Código Civil, sin que, por la documentación que obra en el expediente pueda serle de aplicación el plazo abreviado de un año que se indica en el apartado 2.d) de dicho artículo, al no quedar suficientemente acreditada la convivencia del matrimonio durante el año inmediatamente anterior a la petición». La demanda termina con la súplica que es de ver en autos.

(...).

El demandante es natural de Palestina, contrajo matrimonio con la ciudadana española Valentiniana el 25 de enero de 2005, siendo fruto de

dicho matrimonio un hijo nacido el 18 de noviembre de 2005, solicitó la TFRC en 1 de febrero de 2005, que le fue concedida el 14 de abril de 2005, con una validez hasta el 13 de abril de 2010, ambos cónyuges figuran inscritos sucesivamente en los padrones municipales de habitantes de los Ayuntamientos de Móstoles, Algemés (Valencia) y Madrid, y con fecha de 21 de mayo de 2008 el recurrente tenía acreditados 953 días de alta en el sistema de la Seguridad Social.

La solicitud origen de la litis se presentó el 12 de abril de 2006, informando en su tramitación favorablemente el Ministerio Fiscal y la Magistrado-Juez Encargada del Registro Civil.

Ya vimos más arriba que el acto combatido rechazó la aplicación del plazo abreviado de un año de residencia por no considerar suficientemente acreditada la convivencia del matrimonio durante el año inmediatamente anterior a la petición.

(...).

Ya en este punto podemos adelantar la suerte estimatoria que nos merece el actual recurso al considerar contrario a Derecho el fundamento de la resolución recurrida. Esta última aduce que el matrimonio se disolvió por sentencia de divorcio de 1 de septiembre de 2000 y se apoya igualmente en dos informes de la policía local. Sin embargo, en modo alguno consta la disolución del matrimonio, respondiendo a un evidente error la fecha de la sentencia de divorcio esgrimida en aquella resolución, pues el matrimonio se contrajo el 25 de enero de 2005, de donde que malamente pudiera recaer sentencia de divorcio en el año 2000 respecto de un matrimonio aún no celebrado. Amén de lo anterior, los dos sobredichos informes de la policía local tampoco avalan la *ratio decidendi* de la resolución puesta en entredicho, esto es, la falta de convivencia del matrimonio en el año anterior a la solicitud de nacionalidad. El primero de los referidos informes fue emitido por la policía local de Móstoles con fecha de 23 de mayo de 2008, y en el mismo se refiere que se presta el servicio personándose en el correspondiente domicilio, no encontrándose nadie en el mismo, no constando el interesado en el buzón de la vivienda y manifestando varios vecinos que es desconocido en dicha dirección. Ahora bien, difícilmente el recurrente podía hallarse en el referido domicilio habiéndose dado de baja en el padrón municipal el 22 de febrero de 2008 según relata el propio informe de la policía local, a lo que se añade que ya con anterioridad a esta última fecha el recurrente había estado empadronado en Algemés (Valencia), y en cualquier caso la fecha y el contenido del meritado informe policial son ajenos al año anterior a la solicitud de nacionalidad, donde estriba el problema litigioso. El segundo de los informes policiales es evacuado por la policía local de Madrid, lleva fecha de 1 de octubre de 2008, deja constancia de que el interesado figura en el buzón de la correspondiente vivienda del domicilio sito en (...), si bien no se encuentra nadie en el piso, y añade que «se pregunta a todos los vecinos de planta, manifestando que no le han visto nunca ni le conocen. Según informa el portero de la zona, no ha llegado ninguna carta

ni papel a su nombre». En este segundo informe observamos que el demandante sí figura en el buzón de correos correspondiente a la vivienda que constituiría su domicilio, si bien los vecinos no le conocen, cuya circunstancia no resulta tan extraña dado el anonimato en que a veces se vive en las grandes metrópolis, la referencia que se contiene al «portero de la zona» adolece de cierta imprecisión, sin que pueda desconocerse el dato de la gran movilidad del recurrente y su esposa, que desde 2005 a 2009 aparecen empadronados en cuatro domicilios diferentes (en Móstoles, en Algemés y en dos distintos domicilios de Madrid), y, por último y en cualquier caso, este segundo informe de la policía local igualmente aparece desconectado en su data y contenido respecto del año inmediatamente anterior a la solicitud de nacionalidad, por lo que tampoco puede servir de refrendo a la decisión administrativa denegatoria de la nacionalidad.

Frente a dicha resolución recurrida, la demanda esgrime la documentación ya aportada con el recurso de reposición y con la que se trató de acreditar la convivencia del matrimonio durante el año anterior a la petición de nacionalidad, que tuvo lugar el 12 de abril de 2006. Entre dicha prueba documental figura la que acredita los siguientes datos: el nacimiento del hijo común al recurrente y su esposa, que tuvo lugar el 18 de noviembre de 2005 en Móstoles; la firma por ambos cónyuges de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 19 de octubre de 2005, en cuya fecha también se otorgó una escritura de capitulaciones matrimoniales de separación absoluta de bienes; la declaración del IRPF del año 2005 del recurrente, donde aparece su esposa y el domicilio de Móstoles; el pago del préstamo hipotecario con cargo a una cuenta corriente a nombre de ambos consortes, según consta en un certificado de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid de 26 de mayo de 2006; y un contrato de arrendamiento de data 12 de junio de 2006 de una vivienda en Valencia, donde figura como parte arrendataria el recurrente y su mujer.

En contemplación de cuanto antecede la suerte del recurso contencioso ha de ser, cual ya habíamos anunciado, estimatoria.

Nacionalidad española por residencia: concesión por buena conducta cívica, ya que se considera que cumple con el estándar medio de conducta de los ciudadanos. Antecedentes penales: Sobreséidos por un delito de violencia doméstica. 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.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **30 de septiembre de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **985/2008**

Ponente: **Don Fernando de Mateo Menéndez**

Voz: **Nacionalidad española por residencia: concesión. Buena conducta cívica**

La demandante impugna la resolución de 2 de septiembre de 2008 de la Directora General de los Registros y del Notariado, dictada por delegación del Ministro de Justicia, por la que se le denegó la concesión de nacionalidad por residencia sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica al tener antecedentes de fecha 21 de mayo de 2004 por malos tratos físicos en el ámbito familiar.

Alega la actora, de nacionalidad cubana, como fundamento de su pretensión, que está casada desde el 12 de marzo de 2004 con don Camilo, teniendo una hija, y su esposo tiene problemas de alcoholemia estando bajo tratamiento, por lo que ha vivido bastantes situaciones angustiosas. Que los antecedentes fueron sobreséidos. Reside legalmente en España desde el 15 de junio de 2000. La solicitud de nacionalidad se presentó el día 6 de abril de 2004.

(...).

El motivo de la denegación a la actora de la concesión de nacionalidad por residencia es por no haber justificado suficiente buena conducta cívica, al tener antecedentes de fecha 1 de mayo de 2004 por malos tratos físicos en el ámbito familiar.

Es cierto que, según se deriva del expediente administrativo, que a la demandante la denunció su marido por un delito de violencia doméstica, pero por Auto 24 de mayo de 2004 del Juzgado de Instrucción número 1 de Granadilla de Abona (Tenerife), con base en el art. 641.1 de la LECrim., a instancia del Ministerio

Fiscal se procedió al sobreseimiento provisional de las actuaciones y el archivo de la causa al no haberse justificado la perpetración de una infracción penal, «dado que de lo actuado no se desprende la comisión de infracción penal, puesto que el denunciado Camilo manifiesta que su esposa siempre le insulta, si bien no manifiesta en qué consisten dichos insultos y cómo que cada mañana su esposa le agarra por el cuello, no presentado ningún parte de lesiones que acredite la realidad de dichas agresiones». A ello, hay que añadir que como tal y como se desprende de la documentación obrante en el expediente y aportada en el procedimiento, concurren datos indicativos de la integración de la recurrente en la sociedad española, como son: Reside legalmente en España desde el año 2000, está casada y tiene un hijo, siendo favorables los informes del Ministerio Fiscal y de la Juez-Encargado del Registro Civil de Granadilla de Abona.

Pues bien, proyectando todo lo anterior al caso de autos, llegamos a la conclusión que concurren en la demandante suficientes datos para poder afirmar que ha llevado durante el tiempo de su estancia en España una conducta que puede considerarse que cumple con estándar medio de conducta de los ciudadanos, por lo que debe entenderse acreditado el requisito exigido por el art. 22 del Código Civil y, en consecuencia, procede acceder a la concesión de la nacionalidad española solicitada.

En consecuencia, procede estimar el recurso contencioso-administrativo.

Nacionalidad española: solicitud. Denegación de la concesión de la nacionalidad española a persona de nacionalidad marroquí por residencia. Su Tarjeta Familiar de Residente Comunitario carecía de validez desde que cesó la causa que motivó su concesión tras la sentencia de separación. La adquisición de la nacionalidad por residencia exige que el tiempo de permanencia en España sea legal, continuado e inmediatamente anterior a la solicitud. No es el período de residencia el que no se considera completado sino la falta de carácter legal de la misma.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **19 de octubre de 2010**

Recurso de Casación: **3081/2007**

Ponente: **Don Juan Herrero Pina**

Voz: **Nacionalidad española. Concesión: residencia**

Formulada solicitud de reconocimiento de la nacionalidad española por Dña. Emilia, de nacionalidad marroquí, le fue denegada por resolución del Ministerio de Justicia de 23 de septiembre de 2004, al considerar que «la solicitante no lleva más de diez años de residencia legal en España exigidos por el artículo 22 del Código Civil, ya que según consta en la documentación que obra en el expediente, su Tarjeta Familiar de Residente Comunitario carecía de validez desde que cesó la causa que motivó su concesión tras la Sentencia de separación de 31 de octubre de 2000, sin que conste que solicitara la que procedía a su nueva situación legal, (...)».

Formulado recurso de reposición, que fue desestimado por resolución de 16 de febrero de 2005, la interesada interpuso recurso contencioso administrativo, que fue estimado por sentencia de 27 de abril de 2007, en la que se razona el fallo en los siguientes términos: «En el particular recurso que enjuicamos, de la certificación expedida por la Oficina de Extranjería de la Delegación del Gobierno en Ceuta obrante en el expediente administrativo (...), se desprende que la recurrente obtuvo permiso de residencia legal inicial el día 8 de octubre de 1991, con validez de un año; posteriormente, tras casarse con un ciudadano español, la recurrente solicitó la TFRC con fecha 8 de octubre de 1992, obteniendo la referida Tarjeta el día 5 de noviembre de 1992, con validez de cinco años; y solicitada una primera renovación de la Tarjeta con fecha 14 de noviembre de 1997, obtuvo la renovación el día 18 de mayo de 1998, con igual validez.

Ahora bien, la recurrente se separó legalmente de su marido español por sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ceuta de 31 de octubre de 2000.

Consecuentemente, cuando la recurrente solicitó la nacionalidad española, el 16 de abril de 2002, había desaparecido el presupuesto que condicionaba la vigencia de su TFRC, (...) establece que la vigencia y la renovación de las TFRC está condicionada al hecho de que su titular continúe encontrándose en alguno de los supuestos que dan derecho a su obtención».

(...).

En este caso y desde una interpretación estricta de la norma, el Abogado del Estado entiende que la recurrente no cumplía el requisito de residencia legal, continuada, de diez años, inmediatamente anterior a la petición, ya que desde la fecha de la sentencia de separación (31 de octubre de 2000) hasta la solicitud de nacionalidad su residencia no era legal, en cuanto la TFRC estaba concedida sobre la base de un estado conyugal incorrecto, es decir, que siendo claro que desde que obtuvo el primer Permiso de Residencia el 8 de octubre de 1991, hasta la solicitud de concesión de la nacionalidad el 14 de abril de 2002, la interesada había completado ampliamente el plazo de diez años de residencia en España, la Administración y el Abogado del Estado oponen que tal residencia no podía considerarse legal desde la fecha de la sentencia de separación de 31 de octubre de 2000, por lo que no cumpliría tal requisito.

No es el período de residencia el que no se considera completado sino la falta de carácter legal de la misma a partir de la indicada fecha, lo que significa anudar la ilegalidad de la permanencia en España de la recurrente necesariamente y de manera automática a la pérdida de vigencia de la tarjeta de familiar residente, por haberse producido la separación del matrimonio en función del cual había sido obtenida, lo cual, como hemos señalado en reciente sentencia de 11 de mayo de 2010, no es evidente, cuando, como ocurría en aquel caso, el solicitante seguramente tenía derecho a residir en territorio español por otros conceptos, tales como tener la custodia de su hijo menor de nacionalidad española, circunstancia que es valorada también por la Sala de instancia en este proceso, con la cualificación de que en este caso, a la recurrente se le reconoce en la sentencia de separación la custodia de sus hijos menores, en ese momento cuatro de sus cinco hijos. Ciertamente podría cuestionarse, como se hace en el segundo motivo de casación, la legalidad de la residencia en tal concepto en cuanto la interesada no viva a expensas de sus descendientes, (...), mas ello es una circunstancia que habría de valorarse al resolver sobre tal situación y no puede excluirse de plano, como pone de manifiesto la sentencia de 7 de septiembre de 2006, citada en la instancia y examinada por el Abogado del Estado, refiriendo incluso la recurrida en su oposición al

recurso, que en los primeros años tras la separación vino percibiendo prestaciones y cantidades de la Ciudad Autónoma de Ceuta en atención a sus hijos menores de edad. Pero es que, además, la propia Administración en su actuación posterior, lejos de poner en cuestión la legalidad de la residencia parece atender a la misma, como se desprende de la resolución de 23 de abril de 2003, por la que se concede a la recurrente Permiso de Trabajo y Residencia tipo «P», con validez de cinco años a partir del 18 de mayo de 2003, precisamente la fecha en la finalizaba la validez de la TFRC que ostentaba, de manera que no se trata de regularizar la situación por la pérdida de vigencia de la TFRC obtenida por cinco años desde el 18 de mayo de 1998 sino que, a pesar de dictarse la resolución antes de concluir dicho plazo y constar sin duda a la Administración la distinta situación familiar de la recurrente por la solicitud de ésta, lo que se concede es la renovación de la residencia por el transcurso del plazo de la anterior.

Pues bien, si la propia Administración no toma en consideración a tales efectos la posible pérdida de vigencia de la TFRC anterior, considerando implícitamente legal la residencia de la recurrente hasta la fecha de 18 de mayo de 2003, no resulta congruente hacerlo a efectos de entender ilegal la misma residencia de la recurrente desde la fecha de la sentencia de separación a efectos de concesión de la nacionalidad.

Nacionalidad: denegación. Buena conducta cívica: no concurre si la solicitante ha sido condenada por un delito contra la salud pública en fecha posterior a su petición de nacionalidad en relación con hechos acaecidos con anterioridad a dicha solicitud.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 20 de octubre de 2010

Recurso Contencioso-Administrativo: 740/2008

Ponente: Don Jesús Cudero Blas

Voz: Nacionalidad española. Denegación. Delito contra la salud pública

Se impugna en el presente proceso la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 1 de abril de 2008 (dictada por delegación del Ministro de Justicia), por la que se denegó la solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia por no

haberse acreditado el requisito de la buena conducta cívica.

Son antecedentes de interés para la solución del caso, a la vista del expediente administrativo y de los documentos que constan en autos, los siguientes:

1. Con fecha 11 de marzo de 2005 la ciudadana marroquí doña Lourdes solicitó la concesión de la nacionalidad española por residencia, alegando fundamentalmente lo siguiente: a) Que reside legalmente en España desde el 20 de noviembre de 1991; b) Que carece de antecedentes penales; c) Que habla correctamente el idioma español y se encuentra totalmente adaptada a las costumbres y estilo de vida de nuestro país; d) Que cuenta con medios de vida suficientes; e) Que está casada con un ciudadano de nacionalidad portuguesa.

2. Tramitado el correspondiente procedimiento administrativo, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 1 de abril de 2008 denegó la nacionalidad solicitada por no acreditar el requisito de la buena conducta cívica al haber sido condenada en sentencia de 21 de julio de 2006 por un delito contra la salud pública.

3. Frente a tal resolución se ha interpuesto el presente recurso contencioso administrativo, en el que la interesada cuestiona la legalidad de la misma alegando, en síntesis, lo siguiente: a) Que la sentencia tenida en cuenta por la Administración fue dictada con posterioridad a la solicitud de nacionalidad; b) Que del examen del expediente no se desprende que la mencionada sentencia sea firme.

4. En su escrito de contestación a la demanda señala el Abogado del Estado que la existencia de la condena penal impide tener por acreditado el requisito de la buena conducta cívica.

(...) el mismo, ha de concluirse que la demandante no ha acreditado el requisito de la buena conducta cívica. Aunque de la documentación obrante en el expediente administrativo se desprende, ciertamente, un cierto grado de integración de la actora en la sociedad española —trabaja legalmente y está adaptada a las costumbres españolas, conociendo nuestra lengua— ha de tenerse en cuenta que la misma fue condenada en sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 23 de Barcelona de fecha 21 de julio de

2006 por un delito contra la salud pública (en su modalidad de cantidad de notoria importancia) a la pena de tres años y un día de prisión y multa.

La condena por el referido delito, la proximidad en el tiempo del hecho sancionado en relación con su petición de nacionalidad (pues tales hechos datan del 19 de febrero de 2005 y la solicitud se formula el 11 de marzo de 2005), deben conducirnos a no reputar cumplimentado el presupuesto de la buena conducta cívica de la recurrente.

Frente a ello no puede aducirse con éxito que la sentencia dictada es de fecha posterior a la petición de la nacionalidad española. La inconsistencia de tal argumento no sólo deriva de la circunstancia de que los hechos enjuiciados en el procedimiento penal fueron anteriores a tal solicitud (v. hechos probados de la sentencia), sino de la necesidad, a la hora de valorar el requisito de la buena conducta cívica, de tomar en consideración la trayectoria personal del interesado durante el tiempo de residencia en España y aun antes, sin que pueda ignorarse la conducta de aquél durante la sustanciación del expediente administrativo ya que se trata de un requisito sustantivo que no se compadece con la solución formal, propugnada en la demanda, de situar en la presentación de la solicitud el hito temporal que cierra el ciclo vital a examinar en orden a la ponderación del requisito de la buena conducta cívica.

Por otra parte, tampoco puede merecer acogida favorable la alegación según la cual no se desprende del expediente administrativo que la condena sea firme, pues incumbía a la parte actora acreditar, en su caso, la pendencia de un recurso contra la misma y el resultado de tal impugnación. En cualquier caso, la lectura de los hechos probados de la sentencia y la condena por el grave delito cometido (datos incontrovertidos que constan en el procedimiento) impiden claramente entender que concurre el requisito de la buena conducta cívica, lo que determina la íntegra desestimación del recurso al ser ajustada a Derecho la decisión impugnada.

Nacionalidad: residencia legal y continuada. La obtención de un permiso de residencia permanente implica la residencia legal durante los cinco años anteriores. Arraigo: insuficiente grado de integración en la sociedad española derivado del desconocimiento de las

instituciones básicas y del desinterés demostrado por la cultura de nuestro país. Comparación ante el encargado del Registro Civil e informe del Fiscal no desvirtuados.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **20 de octubre de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **700/2008**

Ponente: **Don Jesús Cudero Blas**

Voz: **Nacionalidad por residencia. Denegación: arraigo. Insuficiencia**

Se impugna en el presente proceso la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 8 de mayo de 2008 (dictada por delegación del Ministro de Justicia), por la que se denegó la solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia.

Son antecedentes de interés para la solución del caso, a la vista del expediente administrativo y de los documentos que constan en autos, los siguientes:

Con fecha 30 de marzo de 2006 el ciudadano marroquí don Antonio, domiciliado en Ibiza, solicitó la concesión de la nacionalidad española por residencia, alegando fundamentalmente lo siguiente: a) Que reside legalmente en España desde 1992; b) Que carece de antecedentes penales; c) Que está plenamente identificado con los usos y costumbres de nuestro país; d) Que cuenta con medios de vida suficientes; e) Que se compromete, en su día, a prestar los juramentos de fidelidad al Rey y de obediencia a las leyes españolas.

El 28 de julio de 2006 se realiza ante el Encargado del Registro Civil de Ibiza la audiencia reservada del interesado, constatándose en la misma, entre otros particulares, que habla y entiende el castellano, que en su círculo de amistades hay personas españolas, que ha viajado alguna vez por España (conociendo Barcelona y Madrid), que está casado en segundas nupcias y tiene tres hijos de un matrimonio anterior, que no conoce nada de la forma política que hay en España, que no lee la prensa, ni ve los telediaros, ni las noticias, que no conoce nada de la cultura donde reside ni lee la prensa local, desconociendo cómo se llama el alcalde de su pueblo, ni cuándo son las fiestas patronales porque él está sólo aquí para trabajar, que no ve la televisión española ni ninguna otra autonómica, que

siempre ve las noticias de su país, que quiere ser español sobre todo por los papeles, para no tener que renovar su tarjeta y que no se involucra en esta sociedad, desconociendo todo lo relacionado con este país. El Fiscal, en su informe de 7 de agosto de 2006, entiende incumplido por el interesado el requisito de integración previsto en el artículo 22.4 del Código Civil.

La resolución impugnada deniega la nacionalidad interesada por dos motivos: el primero, que no se ha cumplido con continuidad el requisito de residencia legal en España durante los diez años anteriores a la petición, pues el actor no ha estado documentado con autorización de residencia desde el 20 de marzo de 2000 hasta el 16 de febrero de 2005; el segundo, que no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española a tenor del informe del Fiscal.

Frente a tal decisión se ha interpuesto el presente recurso contencioso administrativo, en el que el interesado cuestiona la legalidad de la misma alegando, en síntesis, que cumple con el requisito de la residencia legal y continuada a pesar del informe contenido al folio 14 del expediente y que tiene un suficiente grado de integración en la sociedad española, constatado por su dominio del idioma, círculo de amistades e inserción social.

En su escrito de contestación a la demanda señala el Abogado del Estado que el actor no ha desvirtuado las razones determinantes de la denegación de la nacionalidad que constan fehacientemente en el expediente.

(...).

En el caso que nos ocupa, consta en el expediente administrativo (...), que el demandante solicitó el 16 de febrero de 2005 permiso de residencia permanente, siéndole concedido

en fecha 21 de marzo de 2005 (con fecha anterior a la solicitud de nacionalidad), concesión que viene a reconocer que el interesado había residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante los cinco años anteriores, reconocimiento que da cobertura legal, por tanto, a aquel período que se extiende desde el 20 de marzo de 2001 hasta el 16 de febrero de 2005, de tal modo que es de entender que el demandante residió legalmente en España durante el mismo y cumplía el requisito negado por la Administración.

Por otro lado, el actor actualmente lleva diez años de residencia legal y continuada en España, ya que el primer permiso de trabajo y residencia se solicitó el 12 de agosto de 1991, siendo concedido el 14 de febrero de 1992, habiéndose solicitado la concesión de la nacionalidad española el 30 de mayo de 2006.

La resolución recurrida deniega la nacionalidad solicitada, además, por entender que el actor no ha justificado un suficiente grado de integración en la sociedad española, como constata la comparecencia ante el Encargado del Registro Civil y el informe del Fiscal.

Esta Sala ha tenido ya ocasión de señalar en anteriores ocasiones que la integración social no deriva exclusivamente del nivel de conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente.

En el supuesto que ahora nos ocupa es posible afirmar el arraigo familiar del demandante y un suficiente conocimiento del idioma, pero tales circunstancias resultan insuficientes para

llenar el requisito legal de la integración en la sociedad española.

En el trámite de comparecencia ante el Encargado del Registro Civil, efectuado el 28 de julio de 2006 (...) se constató efectivamente que el recurrente habla y entiende el español, si bien manifiesta un desconocimiento, al nivel más básico, de nuestro país, de las instituciones y del sistema político pese al amplio período de residencia legal previa desde 1992, pese a su juventud (nació en 1962 y llegó a España, por tanto, con treinta años), pese a tener una familia establecida en nuestro país (su segunda esposa y uno de los hijos nacidos de su anterior matrimonio) y pese a desarrollar una actividad laboral por cuenta ajena de forma prácticamente ininterrumpida desde que se inició su residencia legal. Es más: no manifiesta interés alguno no ya por conocer las instituciones y el sistema político de nuestro país, sino por cualesquiera circunstancias o acontecimientos que acontezcan en España (sólo ve la televisión marroquí, no lee la prensa española ni otras televisiones no marroquíes, desconoce todo lo relacionado con España, las fiestas de la localidad donde reside), llegando a afirmar literalmente «que quiere ser español sobre todo por los papeles, para no tener que renovar su tarjeta».

Por otro lado, el examen al que fue sometido fue de lo más básico, al alcance de cualquiera que se implique en el país aunque sólo sea por las noticias de los medios de comunicación y su resultado fue contundente en cuanto a que el recurrente ignoraba todo sobre la forma política de España o sobre la cultura de la localidad donde reside o sobre los datos más generales, señalando incluso que «no se involucra en esta sociedad, desconociendo todo lo relacionado con este país».

Requisitos concesión de nacionalidad por residencia: residir en España. Estar plenamente identificado con las costumbres. Contar con medios de vida suficientes. No cumple los requisitos: el extranjero contrajo dos veces matrimonio en su país. No ha rechazado la poli-gamia. Contraria al orden público español. No se cumple el requisito de suficiente grado de integración en la sociedad española.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **22 de noviembre de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **890/2008**

Ponente: **Don Jesús Cudero Blas**

Voz: **No concesión de nacionalidad por residencia a un extranjero polígamo**

Se impugna en el presente proceso la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 26 de noviembre de 2007 (...), por la que se denegó la solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia.

Son antecedentes de interés para la solución del caso, a la vista del expediente administrativo y de los documentos que constan en autos, los siguientes:

Con fecha 23 de septiembre de 2004 el ciudadano senegalés don Luis Pedro, domiciliado en Rojales (Alicante), solicitó la concesión de la nacionalidad española por residencia, alegando fundamentalmente lo siguiente: a) Que reside legalmente en España desde 1986; b) Que carece de antecedentes penales; c) Que está plenamente identificado con los usos y costumbres de nuestro país; d) Que cuenta con medios de vida suficientes; e) Que se compromete, en su día, a prestar los juramentos de fidelidad al Rey y de obediencia a las leyes españolas.

Detectado por la Administración que el interesado estaba casado en dos ocasiones en su país de origen y que en sus matrimonios había optado por la poligamia, situación que ha mantenido efectivamente, la resolución recurrida denegó la nacionalidad solicitada por entender que el actor no había justificado suficiente grado de integración en la sociedad española.

Frente a tal decisión se ha interpuesto el presente recurso contencioso administrativo, en el que el interesado cuestiona la legalidad de la misma alegando, en síntesis, que la poligamia no invalida la integración del solicitante en la sociedad española, considerando que el criterio de la Administración es contrario a las actitudes actuales de la sociedad española que «va a una admisión de las relaciones sexuales poligámicas y poliándricas», a lo que debe añadirse que el interesado es de cultura musulmana.

En su escrito de contestación a la demanda señala el Abogado del Estado que el actor no ha desvirtuado las razones determinantes de la denegación de la nacionalidad que constan fehacientemente en el expediente.

(...).

Como se ha visto, el actor —senegalés— contrajo matrimonio en su país sucesivamente con dos distintas esposas y optando en ambas ocasiones por la poligamia, tiene once hijos, las dos esposas residen en Senegal y los hijos conviven con las mismas, reside legalmente en España desde 1986, figura inscrito en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Rojales (Alicante) y tenía acreditados 6.178 días de alta en el sistema de la Seguridad Social cuando solicitó la nacionalidad española.

La solicitud de nacionalidad origen de la litis se presentó el 23 de septiembre de 2004, habiendo emitido en su tramitación sendos informes favorables el Ministerio Fiscal y el Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil.

Ya vimos más arriba que la resolución puesta en tela de juicio se fundó en haber optado el recurrente por la poligamia. A este último respecto es de indicar que el demandante contrajo un primer matrimonio —declarando optar por la poligamia—, matrimoniando por segunda vez con una mujer distinta, optando también en esta segunda ocasión por la poligamia.

Esta Sala ha señalado ya en diversos pronunciamientos que la integración social no deriva exclusivamente del nivel de conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente.

La razón de ser del acto recurrido se concreta en la poligamia del interesado. Es de advertir que en el supuesto enjuiciado no estamos ante el mero ejercicio de la opción en el momento de contraer matrimonio por el régimen familiar poligámico conforme a la ley personal del demandante, sino ante una situación de efectiva poligamia, que, si bien puede ser conforme a su ley nacional, es contraria al orden público en España. A este propósito interesa traer a co-

lación la jurisprudencia producida en la materia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 dijo lo siguiente (en lo que ahora importa): «esta Sala hubo de afrontar ya un caso similar de denegación de concesión de la nacionalidad española por la poligamia del solicitante. Se trata de la STS de 14 de julio de 2004. Se sostuvo entonces que no hay discriminación en considerar que el polígamo no satisface el requisito del “suficiente grado de integración en la sociedad española” del art. 22.4 CC, ya que no es lo mismo residir en España —algo que sólo se podría prohibir al polígamo si una Ley española así lo previese— que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas. Es verdad que, en el presente caso, el recurrente no invoca discriminación, sino que el grado de integración requerido es “suficiente” —no “total”— y que el hecho de estar casado con dos mujeres no le ha impedido el arraigo laboral y social en España. Y es verdad, asimismo, que quizá no sea suficiente decir, como prudentemente hizo la resolución administrativa recurrida, que la poligamia es contraria a la legislación española sobre el estado civil. No toda situación personal extraña al ordenamiento jurídico español implica necesariamente un insuficiente grado de integración en nuestra sociedad. Dicho esto, la solución debe ser ahora la misma que la adoptada por la citada STS de 14 de julio

de 2004 y, en el fondo, por la misma razón: la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un “suficiente grado de integración en la sociedad española”».

En el caso, el demandante tiene un régimen familiar poligámico, de tal manera que, conforme a la transcrita doctrina legal, es de entender que el recurrente no cumplía el requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española, pudiendo añadirse que la garantía de la libertad ideológica, religiosa y de culto tiene los límites necesarios para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

Denegación de nacionalidad. No ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española. La nacionalidad española concede un estatus y unos derechos superiores a los derivados de la mera residencia legal en España, se establece la exigencia de un grado de adaptación superior para los peticionarios de nacionalidad que el exigible a los extranjeros residentes. Se pretende su total equiparación, política y jurídica, a los ciudadanos españoles. Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 26 de noviembre de 2010

Recurso de Casación: 3074/2007

Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López

Voz: Denegación de nacionalidad: falta de integración en la sociedad española

«Con relación a la integración en la sociedad española de los peticionarios de nacionalidad

hemos puesto de manifiesto, entre otras, en nuestras sentencias de 11 de octubre de 2005

y 28 de julio de 2006, que la nacionalidad española concede un estatus y unos derechos superiores a los derivados de la mera residencia legal en España y por ello se establece en nuestro ordenamiento la exigencia de un grado de adaptación superior para los peticionarios de nacionalidad que el exigible a los extranjeros residentes, en cuanto aquéllos pretenden su total equiparación, política y jurídica, a los ciudadanos españoles, lo que sería incongruente con una residencia que, al margen de su duración, se desarrollase con desconocimiento de la forma de vida, costumbres y valores que conforman nuestra sociedad.

Por ello, la mera residencia en España durante un largo período de tiempo tan sólo justifica el cumplimiento de uno de los requisitos legalmente exigidos para acceder a la nacionalidad española —residencia legal y continuada— pero resulta, por sí misma, insuficiente si no va acompañada de una integración real y efectiva en las costumbres y forma de vida española.

La integración social, a los efectos de la adquisición de la nacionalidad española, implica la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, su grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como su arraigo familiar, todo lo cual ha de justificarse por el interesado, o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente administrativo.

Pues bien, en el supuesto enjuiciado no ha quedado acreditada la integración del recurrente en la sociedad española.

(...).

En efecto, del acta de comparecencia desarrollada ante el Juez Encargado del Registro Civil de Ceuta el 2 de mayo de 2001, se desprende que el recurrente desconoce aspectos institucionales básicos de nuestra sociedad, como la capital de España, el nombre del heredero de la corona, el nombre de los Reyes de España y del Presidente del Gobierno o el día de la Constitución. Además, preguntado por el Juez Encargado sobre por qué deseaba ser español, el recurrente manifestó que “pasaba” de la pregunta.

El desconocimiento de los aspectos básicos de nuestro sistema institucional y la ausencia de interés al contestar una pregunta tan relevante como la razón por la que se solicita la nacionalidad española, deben conducirnos a considerar que el recurrente no se encuentra integrado en nuestra sociedad, y en el mismo sentido concluyó el propio Juez Encargado después de la comparecencia.

La referida falta de integración debe valorarse desde una perspectiva singularmente negativa, ya que el recurrente es una persona joven, nacida en Ceuta y que ha cursado estudios en centros públicos españoles, por lo que debería conocer nuestras instituciones y encontrarse adaptado a nuestra sociedad».

(...).

La sentencia dictada por la Sala *a quo* basa la desestimación del recurso en no considerar acreditada la integración del recurrente en la sociedad española, conclusión a la que llega esencialmente tras el examen del acta de comparecencia desarrollada el 2 de mayo de 2001 ante el Juez Encargado del Registro Civil, de la que resulta el desconocimiento por parte del recurrente de aspectos institucionales básicos de nuestra sociedad (tales como la capital de España, el nombre del heredero de la Corona, el nombre de los Reyes de España y del Presidente del Gobierno o el día de la Constitución) así como la sorprendente respuesta del actor a la pregunta de por qué solicita la nacionalidad española. Siendo estas las razones determinantes de la denegación de la nacionalidad, he aquí que nada se dice acerca de ellas en el escrito de interposición del recurso de casación, pues la parte actora, actuando como si la sentencia de instancia no existiera y no se hubiera dicho lo que en ella se dice, se limita a afirmar genéricamente que se reúnen los requisitos previstos, y entre ellos el relativo al suficiente grado de integración en la sociedad española, sin intentar siquiera rebatir o desvirtuar esas concretas razones en que se fundamentó la denegación de su solicitud. En este sentido, sorprende que ni siquiera aluda a una segunda comparecencia, efectuada el 7 de junio de 2004, ante el Juez Encargado del Registro Civil, y a la que, por cierto, tampoco hace referencia la Sala de Instancia.

Adquisición de la nacionalidad española por residencia: denegación. Grado de integración en la sociedad: la recurrente desconoce, incluso a un nivel elemental, el idioma español. No ha acreditado el suficiente grado de integración en la sociedad española que le permita cumplir con los requisitos exigidos por el Código Civil para adquirir la nacionalidad española por residencia. La falta de conocimiento del idioma es causa suficiente para la denegación de la nacionalidad española.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **17 de diciembre de 2010**

Recurso de Casación: **4844/2007**

Ponente: **Don Mariano de Oro-Pulido y López**

Voz: **Denegación de la nacionalidad española: falta de conocimiento del idioma**

(...) La demanda destaca, en el apartado hechos, que la recurrente es mayor de edad está casada con Jesús Ángel que adquirió la nacionalidad española y que tiene seis hijos de nacionalidad española, tiene tarjeta de residente comunitario desde junio de 2002 y que tiene los suficientes conocimientos de la lengua castellana.

Pues bien, de lo actuado en el expediente se desprende que la recurrente en el momento de su solicitud, mayo de 2003, tenía 44 años de edad y llevaba residiendo legalmente en España un año, al haberse acogido al plazo privilegiado de residencia de un año por su matrimonio con persona que ha adquirido la nacionalidad española. La recurrente no trabaja y vive de la pensión que recibe su marido de la Seguridad Social, tal y como manifestó en su solicitud inicial.

Por lo que respecta al grado de integración en la sociedad española y en especial en lo relativo al conocimiento de nuestro idioma debe destacarse que en la comparecencia realizada ante el Encargado de Registro Civil de Leganés, el 7 de mayo de 2003, se constató que la recurrente no hablaba nuestro idioma, pues su marido actuó como intérprete y manifestó que la recurrente «apenas conoce el idioma español pero está asistiendo a clases de español para

conseguir una mejor integración y adaptación a la vida española». Por otra parte, en el informe del Centro Nacional de Inteligencia, de fecha 16 de abril de 2004, se afirmaba que habla con dificultad el español y pone de manifiesto relacionarse únicamente con ciudadanos de su nacionalidad de origen, no teniendo amistad con ningún español, lo que limita su integración en la sociedad española.

En sede contencioso-administrativa la parte adujo que asistía regularmente a clases de español y que había realizado importantes progresos en el conocimiento de nuestro idioma y solicitó como prueba, y así se acordó por este Tribunal, un informe de la Concejala de Cultura del Ayuntamiento de Leganés de las personas encargadas de coordinar el programa de lengua y cultura a los que asistía. En dicho informe su profesora afirma que la recurrente asiste a las clases desde marzo de 2005 y muestra un gran interés y esfuerzo por el aprendizaje pero que «actualmente no tiene suficiente nivel de conocimiento del idioma para mantener una conversación, pero sí podría llegar a tenerlo en poco tiempo dada su dedicación y esfuerzo por aprender y su mejora en la comprensión verbal alcanzado durante el pasado curso».

Adquisición de la nacionalidad española: denegación. Inexistencia de efectiva convivencia de la recurrente con su marido. No se aprecia indefensión, arbitrariedad o utilización de criterios erróneos. Desestimación.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **17 de diciembre de 2010**

Recurso de Casación: **614/2007**

Ponente: **Don Rafael Fernández Valverde**

Voz: **Denegación de la nacionalidad española: inexistencia de convivencia matrimonial**

«La Administración ha denegado a la recurrente la concesión de la nacionalidad española al considerar que no lleva más de diez años de residencia legal en España en el tiempo inmediatamente anterior a la petición sin que pueda aplicársele el plazo abreviado de un año por cónyuge de español.

De conformidad con el 22.2 del Código Civil, bastará el tiempo de residencia de un año para: “e) El que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho”.

En el caso presente, el matrimonio de la ahora recurrente, nacional de Marruecos, con persona de nacionalidad española se produjo el 8 de octubre de 1999, y por tanto, con anterioridad superior a un año a la petición de la concesión de la nacionalidad —21 de enero de 2002—, habiéndose acreditado residencia legal en España desde 24 de marzo de 2000. Ha de concluirse, en contra de lo sostenido por la actora, que al momento de la solicitud no hay base para afirmar una efectiva convivencia, y ello atendiendo a las propias declaraciones efectuadas por la hoy recurrente y su marido, a los informes policiales, y teniendo en cuenta que el hijo que tiene con el Sr. Carlos Miguel, su actual pareja, nació el 17 de mayo de 2002 (de forma inmediata a la solicitud) y que su empadronamiento en al Calle (...), de Caldes de Montbui, junto con don Carlos Miguel, se remonta al 2002».

(...).

En concreto, por parte de la Sala de instancia se toman en consideración dos datos, de los que deduce la falta de convivencia con su esposo —don Luis—, circunstancia que excluye la aplicación del precepto de referencia (22.2 del Código Civil):

- a) De una parte la situación personal de embarazada —con unos cinco meses de gestación— en la fecha en la que se solicita la nacionalidad (21 de enero de 2002); embarazo, según la misma reconoce «fruto del amor con otro español», a la sazón D. Carlos Miguel, y que concluiría con el nacimiento de su hijo en fecha de 17 de mayo de 2002.
- b) Por otra parte, la Sala también toma en consideración el empadronamiento de la recurrente desde 2002, junto con su hijo y el citado Sr. Carlos Miguel en vivienda propiedad de este, sita en Calle (...), de Caldes de Montbui (Barcelona).

Pues bien, en el supuesto de autos, y en concreto, en la valoración de la Sala de instancia, basada en dichos datos, no apreciamos indefensión, arbitrariedad o utilización de criterios erróneos, y ello nos obliga a la desestimación del motivo esgrimido, por cuanto, ante tal situación, estamos impedidos, en esta sede casacional de proceder a la revisión del tema probatorio que se nos formula, y que la propia recurrente no conecta con la existencia de indefensión alguna.

Adquisición de nacionalidad española: buena conducta cívica requerida por el artículo 22.4 del Código civil.

El largo tiempo transcurrido desde los hechos que motivaron un juicio de faltas, hasta que se solicitó la nacionalidad española, sin que se hayan reiterado conductas similares ni consten datos desfavorables de cualquier otro tipo, y la consiguiente cancelación de los antecedentes penales, permiten descartar la trascendencia de esa condena y tomar en consideración los datos positivos que en el actor concurren. Estimación.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **23 de diciembre de 2010**

Recurso de Casación: **4939/2006**

Ponente: **Don Mariano de Oro-Pulido y López**

Voz: **Concesión de la nacionalidad: buena conducta cívica. Cancelación de antecedentes penales**

«En el presente caso, como resulta del expediente, y se admite por el demandante, éste fue condenado (...) por dos faltas de lesiones, a 12 días de arresto menor por cada una y al pago de indemnizaciones que totalizaban 290.000 pesetas y, por Auto del propio Juzgado de 1 de julio se declaró prescrita la pena.

Se desprende de ello, que en el momento de dictarse la resolución impugnada existía un procedimiento penal contra el demandante, que se sustrajo al cumplimiento de la pena y al pago de las indemnizaciones a los lesionados por lo que, al margen de la valoración penal de los hechos que se refleje en la ulterior resolución penal, la Administración no puede dejar de considerar a efectos de valoración de la conducta cívica la existencia de tales actuaciones judiciales, y de la conducta observada por el demandante respecto a lo declarado en la sentencia que le obligaba, que son un hecho real y existente. A ello ha de añadirse que el recurrente plantea su posición desde el punto de vista negativo de ausencia de conducta reprochable, pero no aporta elementos que pongan de manifiesto desde el punto de vista positivo una conducta cívica conforme con los criterios de convivencia social y participación en los principios constitucionales que informan dicha convivencia y cuya valoración acredite el cumplimiento de dicho requisito, por lo que no queda desvirtuada la apreciación de la Administración».

(...).

Pues bien, en este caso el dato que resultó determinante y decisivo para la denegación de la nacionalidad española por residencia fue, únicamente, que el peticionario había sido condenado por el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Rubí n.º 3, en sentencia de 10 de octubre de 1995, por dos faltas de lesiones, a 12 días de arresto menor por cada una y al pago de indemnizaciones que totalizaban 290.000 pesetas, constando en el expediente que por Auto del propio Juzgado de 1 de julio de 1998 se declaró prescrita la pena.

Ahora bien, siendo ciertos e indubitados estos hechos, no es menos cierto que en el expediente administrativo aparece una certificación, fechada el 30 de abril de 2002, del Registro Central de Penados y Rebeldes del Ministerio de Justicia, demostrativa de que carece de antecedentes penales, y un informe legalizado por el Consulado General de España en Tetuán, de fecha 21 de junio de 2002, según el cual no se conocen antecedentes desfavorables relativos a la persona interesada; y salvo esa condena lejana en el tiempo (anterior en siete años a la incoación del expediente de nacionalidad) no existe ningún otro dato desfavorable para aquél, pues desde aquellos hechos por los que fue condenado en 1995 hasta la fecha de su solicitud en 2002 no hay el menor dato que pueda invocarse como reparo para apreciar la buena conducta cívica del recurrente. De hecho, habiéndose solicitado informe sobre el interesado al Centro Nacional de Inteligencia, éste contestó con fecha 21 de febrero de 2003 que «no se conocen antecedentes desfavorables relativos a la persona interesada». Consta asimismo que es residente legal en España desde 1991, que al tiempo de la solicitud estaba incorporado al mercado de trabajo, que dos testigos españoles declararon en el expediente que el solicitante observa buena conducta cívica y está adaptado a las formas de vida y cultura española, y que el Ministerio Fiscal informó favorablemente la solicitud.

Hay, en definitiva, elementos de juicio en el expediente que permiten considerar concurrente el requisito de la buena conducta cívica, mientras que el único reparo que cabe oponer a tal respecto es la tan citada condena penal en un juicio de faltas. Empero, el largo tiempo transcurrido desde esos hechos hasta que se solicitó la nacionalidad española sin que se hayan reiterado conductas similares ni consten datos desfavorables de cualquier otro tipo, y la consiguiente cancelación de los antecedentes penales, permiten descartar la trascendencia de esa condena y tomar en consideración los datos positivos que en el actor concurren.

RÉGIMEN COMUNITARIO

Derecho de asilo y protección al refugiado. Estatuto del refugiado: Exclusión ante la comisión de un grave delito común fuera del país de refugio. Concepto de «grave delito común». Denegación de asilo y expulsión de ciudadano turco desde la República Federal Alemana. Cuestión prejudicial. Pertenencia a organización terrorista: no constituye automáticamente un motivo fundado para asociar a la persona a la comisión de un delito grave. Necesidad de la apreciación caso por caso. Necesidad de que el interesado represente un peligro actual para el Estado de acogida: examen de proporcionalidad.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **9 de noviembre de 2010**

Cuestión prejudicial: **C-57/09 y C-101/09**

Ponente: **Sr. Larsen**

Voz: **Estatuto de refugiado. Pertenencia a banda armada: concepto de «grave delito común»**

A finales del año 2002, B, nacido en 1975, entró en Alemania, donde solicitó asilo y protección como refugiado, así como, con carácter subsidiario, que se le permitiera beneficiarse de una prohibición de expulsión a Turquía. Como fundamento de su solicitud, declaró concretamente que, siendo aún un colegial en Turquía, había simpatizado con Dev Sol (posteriormente DHKP/C) y había apoyado la lucha armada de la guerrilla en las montañas entre finales de 1993 y principios de 1995.

Afirmó que, tras ser arrestado en febrero de 1995, sufrió un grave maltrato físico y fue obligado a realizar una declaración bajo tortura.

Sostuvo haber sido condenado a cadena perpetua en diciembre de 1995.

Alega que en 2001, mientras estaba detenido, fue condenado nuevamente a cadena perpetua al haber asumido la responsabilidad por el homicidio de un codetenido sospechoso de ser un delator.

Añade que en diciembre de 2002 aprovechó la libertad condicional de seis meses que se le concedió como consecuencia de su estado de salud para abandonar Turquía y huir a Alemania.

Mediante decisión de 14 de septiembre de 2004, el Bundesamt denegó la solicitud de asilo de B por infundada y declaró que no concurrían los requisitos exigidos por el artículo 51, apartado 1, de la Ausländergesetz. Dicha autoridad

consideró que, al haber cometido graves delitos comunes, el caso de B estaba comprendido en la cláusula de exclusión prevista en el artículo 51, apartado 3, segunda frase, de la Ausländergesetz (contemplada seguidamente en el artículo 60, apartado 8, segunda frase, de la Aufenthaltsgesetz, y posteriormente en el artículo 3, apartado 2, apartado 2, de la AsylVfG).

En la misma decisión, el Bundesamt verificó también que en el Derecho nacional aplicable no existía ningún obstáculo para que B fuera expulsado a Turquía y declaró que podía ser expulsado a ese país.

Mediante resolución de 13 de junio de 2006, el Verwaltungsgericht Gelsenkirchen (tribunal administrativo de Gelsenkirchen) anuló la decisión del Bundesamt y le conminó a conceder a B el derecho de asilo y a declarar prohibida su expulsión a Turquía.

Mediante resolución de 27 de marzo de 2007, el Obergerverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Tribunal contencioso-administrativo regional superior de Renania del Norte y Westfalia) desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Bundesamt contra dicha resolución, por estimar que debía concederse a B el derecho de asilo con arreglo al artículo 16.a) de la Grundgesetz y reconocérsele el estatuto de refugiado.

En particular, el citado órgano jurisdiccional estimó que la cláusula de exclusión invocada

por el Bundesamt debe entenderse en el sentido de que no sólo está destinada a sancionar un grave delito común cometido en el pasado, sino también a evitar el peligro que podría representar el solicitante para el Estado miembro de acogida, y que su aplicación exige una apreciación global del caso concreto a la luz del principio de proporcionalidad.

El Bundesamt interpuso un recurso de casación contra dicha resolución ante el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal federal administrativo), invocando la aplicación de los casos de exclusión segundo y tercero previstos en el artículo 60, apartado 8, segunda frase, de la Aufenthaltsgesetz (y posteriormente en el artículo 3, apartado 2, apartados 2 y 3, de la AsylVfG) y alegando que, en contra de la tesis adoptada por el órgano jurisdiccional de apelación, esos dos casos de exclusión no implican la existencia de un peligro para la seguridad de la República Federal de Alemania ni requieren un examen de la proporcionalidad en el caso concreto.

Además, según el Bundesamt, las cláusulas de exclusión del artículo 12, apartado 2, de la Directiva forman parte de los principios que, en virtud del artículo 3 de ésta, no pueden ser objeto de excepción por parte de los Estados miembros.

Desde el mes de mayo de 2001, D, nacido en 1968, reside en Alemania, país en el que solicitó asilo el 11 de mayo de 2001.

En apoyo de su solicitud, declaró concretamente que en 1990 había huido a las montañas para unirse al PKK. Afirma haber sido combatiente en la guerrilla y miembro permanente destacado del PKK. Añade que el PKK lo envió al norte de Irak a finales de 1998.

Sostiene que debido a divergencias de índole política con la dirección del PKK, abandonó dicha organización en mayo de 2000 y es objeto de amenazas desde entonces. Afirma haber permanecido aún alrededor de un año en el norte de Irak, pero sin estar en seguridad.

En mayo de 2001 el Bundesamt le concedió el derecho de asilo y le reconoció el estatuto de refugiado con arreglo al Derecho nacional entonces en vigor.

A raíz de la entrada en vigor de la Terrorismusbekämpfungsgesetz, el Bundesamt inició

un procedimiento de revocación y, mediante decisión de 6 de mayo de 2004, con arreglo al artículo 73, apartado 1, de la AsylVfG, revocó la decisión de concesión del derecho de asilo y del estatuto de refugiado de los que se había beneficiado D. La citada autoridad estima que existen motivos fundados para pensar que D había cometido un grave delito común fuera de Alemania antes de ser admitido como refugiado en ese país y que se había hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

El Verwaltungsgericht Gelsenkirchen anuló esta decisión de revocación mediante resolución de 29 de noviembre de 2005.

El Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Bundesamt mediante resolución de 27 de marzo de 2007. Siguiendo un razonamiento análogo al que subyace en la resolución dictada el mismo día en el asunto relativo a B, dicho órgano jurisdiccional consideró que en el caso de D tampoco eran aplicables las cláusulas de exclusión previstas en la normativa nacional.

El Bundesamt interpuso un recurso de casación contra dicha resolución, alegando esencialmente motivos análogos a los aducidos en apoyo del recurso interpuesto en el asunto relativo a B.

(...).

«1) ¿Constituye un grave delito común o un acto contrario a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas en el sentido del artículo 12, apartado 2, letras b) y c), de la Directiva [...] el hecho de que:

- el solicitante haya pertenecido a una organización que emplea métodos terroristas, incluida en la lista de personas, grupos y entidades del anexo a la Posición Común (2001/931) y de que el solicitante haya apoyado activamente la lucha armada de dicha organización (asunto C-57/09)?
- el extranjero haya formado parte durante muchos años, como combatiente y como miembro preeminente —incluso, durante un tiempo, como miembro de su

órgano de dirección— de una organización (en este caso, el PKK) que, en la lucha armada contra el Estado (en este caso, Turquía), también ha empleado repetidamente métodos terroristas y está incluida en la lista de personas, grupos y entidades del anexo a la Posición Común (2001/931), y de que de esa manera el extranjero haya apoyado activamente su lucha armada desde una posición destacada (asunto C-101/09)?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿Presupone la exclusión del reconocimiento del estatuto de refugiado prevista en el artículo 12, apartado 2, letras b) (o) c), de la Directiva (...) que (la persona interesada) siga representando un peligro?

3) En caso de respuesta negativa a la segunda cuestión: ¿Exige la exclusión del reconocimiento del estatuto de refugiado prevista en el artículo 12, apartado 2, letras b) (o) c), de la Directiva (...) que se realice un examen de proporcionalidad en el caso concreto?

4) En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión: a) ¿Debe tenerse en cuenta, en el examen de la proporcionalidad, que [la persona interesada] disfruta de la protección frente a la deportación con arreglo al artículo 3 del (CEDH) o con arreglo a las disposiciones nacionales?

b) ¿Es desproporcionada la exclusión sólo en determinados casos excepcionales que presenten características particulares?

5) ¿Es compatible con la Directiva (...), en el sentido de su artículo 3, que:

— a pesar de la existencia de una cláusula de exclusión con arreglo al artículo 12, apartado 2, de la Directiva, el solicitante disfrute del derecho al asilo en virtud del Derecho constitucional nacional? (asunto C-57/09).

— siga reconociéndose al extranjero el derecho de asilo en virtud del Derecho constitucional nacional, a pesar de la existencia de una cláusula de exclusión con arreglo al artículo 12, apartado 2, de la Directiva y de la revocación del estatuto de refugiado con arreglo al ar-

tículo 14, apartado 3, [letra a)] de la Directiva? (asunto C-101/09).»

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 12, apartado 2, letras b) y c), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, (...) debe interpretarse en el sentido de que:

— El hecho de que una persona haya pertenecido a una organización incluida en la lista que figura en el anexo a la Posición común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, como consecuencia de su implicación en actos de terrorismo y de que haya apoyado activamente la lucha armada emprendida por esta organización no constituye automáticamente un motivo fundado para pensar que esa persona ha cometido un «grave delito común» o «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas».

— En ese contexto, para concluir que hay motivos fundados para pensar que una persona ha cometido un crimen de ese tipo o se ha hecho culpable de tales actos es preciso, habida cuenta del nivel de prueba exigido por el mencionado artículo 12, apartado 2, llevar a cabo una apreciación caso por caso de los hechos concretos con el fin de determinar si los actos cometidos por la organización de que se trata reúnen los requisitos establecidos en las citadas disposiciones y si puede imputarse a la persona de que se trata una responsabilidad individual por la comisión de esos actos.

2) La exclusión del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 12, apartado 2, letras b) o c), de la Directiva 2004/83 no presupone que la persona interesada represente un peligro actual para el Estado miembro de acogida.

3) La exclusión del estatuto de refugiado prevista en el artículo 12, apartado 2, letras b) o

c), de la Directiva 2004/83 no exige que se realice un examen de proporcionalidad en el caso concreto.

4) El artículo 3 de la Directiva 2004/83 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros pueden reconocer el derecho de asilo

en virtud de su Derecho nacional a una persona excluida del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 12, apartado 2, de dicha Directiva siempre que ello no suponga un riesgo de confusión entre esa otra clase de protección y el estatuto de refugiado en el sentido de la Directiva.

Libertad de circulación y residencia de los ciudadanos en los Estados miembros de la Unión Europea. Derecho de residencia permanente. Condenado por tráfico de drogas, lesiones y coacciones en Alemania y a la pérdida del derecho de entrada y residencia. Continuidad de la residencia: no sea interrumpida por determinadas ausencias. Motivos imperiosos de seguridad pública: lucha contra el tráfico de estupefacientes. Remisión al caso particular a la hora de valorar la duración de las ausencias en orden a su consideración como traslado a otro Estado miembro.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **23 de noviembre de 2010**

Cuestión prejudicial: **C-145/09**

Ponente: **Sr. Cunha Rodrigues**

Voz: **Libre circulación y libre residencia de los ciudadanos de la Unión Europea. Residencia prolongada en territorio comunitario**

El Sr. Tsakouridis nació en Alemania el 1 de marzo de 1978. En 1996 obtuvo en ese país un título de enseñanza secundaria. El Sr. Tsakouridis posee desde octubre de 2001 un permiso de residencia por tiempo indefinido en ese Estado miembro. Desde marzo de 2004 hasta mediados de octubre del mismo año explotó una crepería en la isla de Rodas, en Grecia. A continuación volvió a Alemania, donde trabajó desde diciembre de 2004. A mediados de octubre de 2005, el Sr. Tsakouridis se trasladó a la isla de Rodas y volvió a explotar allí la crepería. El 22 de noviembre de 2005, el Amtsgericht Stuttgart dictó una orden de detención internacional contra el Sr. Tsakouridis. Fue detenido en Rodas el 19 de noviembre de 2006 y trasladado a Alemania el 19 de marzo de 2007.

Los antecedentes penales del Sr. Tsakouridis son los siguientes. El Amtsgericht Stuttgart-Bad Cannstatt lo condenó al pago de diversas penas pecuniarias, en concreto el 14 de octubre de 1998 por posesión de un objeto prohibido, el 15 de junio de 1999 por agresión con lesiones graves y el 8 de febrero de 2000 por lesiones dolosas y coacciones. Además, el Amtsgericht Stuttgart condenó al Sr. Tsakouridis el 5 de sep-

tiembre de 2002 al pago de una pena pecuniaria por coacciones y lesiones dolosas. Por último, el Sr. Tsakouridis fue condenado el 28 de agosto de 2007 por el Landgericht Stuttgart a seis años y seis meses de prisión por ocho actos de tráfico ilegal de estupefacientes en cantidad elevada con pertenencia a banda organizada.

Mediante resolución de 19 de agosto de 2008, el Regierungspräsidium Stuttgart, después de haber oído al Sr. Tsakouridis, declaró la pérdida de su derecho de entrada y de residencia en territorio alemán y le informó de que podía ser objeto de una medida de expulsión a Grecia sin fijar un plazo para su salida voluntaria. A modo de motivación, el Regierungspräsidium Stuttgart destaca que con la sentencia del Landgericht Stuttgart de 28 de agosto de 2007 se superó el umbral de los cinco años de prisión, de modo que las medidas controvertidas están justificadas por «motivos imperiosos de seguridad pública», en el sentido del artículo 28, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38 y del artículo 6, apartado 5, de la FreizügG/EU.

Según el Regierungspräsidium Stuttgart, la conducta personal del Sr. Tsakouridis representa

una amenaza real para el orden público. Los delitos de tráfico de estupefacientes que ha cometido son muy graves y existe un riesgo concreto de reincidencia. El Sr. Tsakouridis ha estado claramente dispuesto a participar por motivos económicos en el tráfico ilegal de estupefacientes. Se ha mostrado indiferente a los problemas causados por este tráfico a los drogodependientes y a la sociedad en general. El Regierungspräsidium Stuttgart considera que existe un interés fundamental de la sociedad por combatir eficazmente por todos los medios disponibles la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes, particularmente dañina desde el punto de vista social.

El Regierungspräsidium Stuttgart señala además que el Sr. Tsakouridis no tenía intención o no era capaz de respetar la legalidad vigente. Ha cometido delitos con una intención criminal muy marcada. Una conducta eventualmente irrepachable durante el cumplimiento de su pena no permite deducir que no exista riesgo de reincidencia. Dado que se cumplen los requisitos para la aplicación del artículo 6 de la FreizügG/EU, la resolución entra dentro del ámbito de discrecionalidad de las autoridades. Dicho órgano jurisdiccional considera que el interés personal del Sr. Tsakouridis en no perder su derecho de entrada y de residencia por razón de la larga duración de su residencia legal en Alemania no prevalece sobre el interés público preeminente por combatir la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes. La probabilidad de que cometa de nuevo tales delitos es muy alta.

Según el Regierungspräsidium Stuttgart, habida cuenta de que a lo largo de los últimos años el Sr. Tsakouridis ha pasado varios meses en el territorio de su Estado miembro de origen, no cabe esperar que vaya a tener allí dificultades de integración después de su expulsión de territorio alemán. El riesgo de reincidencia justifica asimismo la injerencia en su derecho a acceder libremente, como ciudadano de la Unión, al mercado de trabajo alemán. No existe ningún medio menos restrictivo ni tan adecuado como las medidas ordenadas, y éstas no afectan negativamente a ningún medio económico de subsistencia consolidado.

Teniendo en cuenta la gravedad de los delitos de que se tiene constancia, el Regierungs-

präsidium Stuttgart considera que la injerencia en la vida privada y familiar del Sr. Tsakouridis está justificada por el interés superior de la protección del orden público y de la prevención de nuevos delitos, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, sin que puedan apreciarse intereses particulares o familiares de igual valor que obliguen a desistir de la medida por razones de proporcionalidad.

El 17 de septiembre de 2008, el Sr. Tsakouridis interpuso un recurso contra la resolución del Regierungspräsidium Stuttgart de 19 de agosto de 2008 ante el Verwaltungsgericht Stuttgart, alegando que la mayor parte de su familia vive en Alemania. Además, de la sentencia del Landgericht Stuttgart de 28 de agosto de 2007 se desprende, según él, que sólo era un miembro subalterno de la banda organizada. Dado que se crió y fue escolarizado en Alemania, no existe peligro, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la FreizügG/EU. Asimismo, mantiene una estrecha relación con su padre, que vive en Alemania y que lo visita regularmente en prisión. Se entregó voluntariamente a la Policía, lo que demuestra, en su opinión, que no representa ya un peligro para el orden público después de haber cumplido su pena, de modo que la declaración de pérdida de su derecho a entrar y residir en territorio alemán resulta desproporcionada. Por último, su madre, que residía entonces con su hija en Australia, iba a volver a residir definitivamente con su esposo en Alemania en la primavera de 2009.

Mediante sentencia de 24 de noviembre de 2008, el Verwaltungsgericht Stuttgart anuló la resolución del Regierungspräsidium Stuttgart de 19 de agosto de 2008. Según dicho órgano jurisdiccional, una condena penal no es suficiente por sí sola para fundar la pérdida del derecho de entrada y de residencia de un ciudadano de la Unión, pérdida que exige una amenaza efectiva y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, en el sentido del artículo 6, apartado 2, de la FreizügG/EU. A ello se añade que, en el contexto de la adaptación del Derecho interno a lo dispuesto en el artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38,

sólo puede declararse la pérdida del derecho de entrada y de residencia en virtud del artículo 6, apartado 1, de la FreizügG/EU en un caso como el del Sr. Tsakouridis, que ha residido durante más de diez años en territorio alemán, si concurren motivos imperiosos de seguridad pública, como se desprende del artículo 6, apartado 5, primera frase, de dicha Ley. A este respecto, el Verwaltungsgericht Stuttgart destaca que el Sr. Tsakouridis no ha perdido su derecho de residencia permanente a causa de sus estancias en la isla de Rodas, toda vez que dicho artículo 6, apartado 5, primera frase, no exige una residencia ininterrumpida a lo largo de los diez últimos años en territorio alemán.

El Verwaltungsgericht Stuttgart declaró que no existían «motivos imperiosos de seguridad pública», en el sentido del artículo 6, apartado 5, última frase, de la FreizügG/EU, que justificasen una medida de expulsión. La seguridad pública sólo comprende la seguridad interior y exterior de un Estado miembro y, por lo tanto, es un concepto más limitado que el de orden público, que comprende asimismo el orden penal interno. El hecho de que se haya superado la pena mínima mencionada en el artículo 6, apartado 5, última frase, de la FreizügG/EU no permite llegar a la conclusión de que existen motivos imperiosos de seguridad pública a los efectos de una medida de expulsión.

A juicio del Verwaltungsgericht Stuttgart, el Sr. Tsakouridis tal vez pueda representar un peligro importante para el orden público, pero de ningún modo para la existencia del Estado y de sus instituciones ni para la supervivencia de la población. Tampoco el Regierungspräsidium Stuttgart ha afirmado tal cosa.

El Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, ante el que se recurrió en apelación contra la sentencia del Verwaltungsgericht Stuttgart de 24 de noviembre de 2008, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el concepto de “motivos imperiosos de seguridad pública”, empleado por el artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38 [...], en el sentido de que sólo los motivos imperiosos de seguridad exterior o interior del Estado miembro pueden justificar

una medida de expulsión, y que sólo se incluyen en esa seguridad exterior e interior la existencia del Estado y sus instituciones fundamentales, el funcionamiento de éstas, la supervivencia de la población, las relaciones exteriores y la convivencia pacífica de los pueblos?

¿En qué condiciones se puede perder la protección reforzada contra la expulsión con arreglo al artículo 28, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38, obtenida tras diez años de residencia en el Estado miembro de acogida? ¿Es de aplicación al respecto, por analogía, la condición referida a la pérdida del derecho de residencia permanente prevista en el artículo 16, apartado 4, de esa Directiva?

En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión y a la cuestión de la aplicabilidad por analogía del artículo 16, apartado 4, de la Directiva 2004/38, ¿se pierde la protección reforzada contra la expulsión por el mero transcurso del tiempo, con independencia de los motivos de la ausencia?

También en caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión y a la cuestión de la aplicabilidad por analogía del artículo 16, apartado 4, de la Directiva 2004/38, ¿el regreso forzoso al Estado de acogida, relacionado con actuaciones penales, permite conservar la protección reforzada contra la expulsión, aun si tras el regreso no pueden ejercerse las libertades fundamentales durante un tiempo prolongado?».

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 28, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, (...) debe interpretarse en el sentido de que, con el fin de determinar si un ciudadano de la Unión ha residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años previos a la decisión de expulsión, criterio decisivo para la concesión de la protección reforzada que otorga esta disposición, deben tenerse en cuenta todos los aspectos pertinentes en cada caso concreto, en particular la duración de cada una de las ausencias del interesado del Estado miembro de acogida, la duración total y la frecuencia de estas ausencias, así como los

motivos que llevaron al interesado a abandonar este Estado miembro, que pueden determinar si estas ausencias implican o no el desplazamiento hacia otro Estado del centro de sus intereses personales, familiares o profesionales.

2) En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente llegue a la conclusión de que el ciudadano de la Unión afectado disfruta de la protección del artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que la lucha contra la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes mediante banda organizada puede estar comprendida en el concepto de «motivos imperiosos

de seguridad pública» que pueden justificar una medida de expulsión de un ciudadano de la Unión que haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores. En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente llegue a la conclusión de que el ciudadano de la Unión afectado disfruta de la protección del artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2004/38, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que la lucha contra la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes mediante banda organizada está comprendida en el concepto «motivos graves de orden público o seguridad pública».

Derecho comunitario europeo: Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental. Negativa a la entrega de un menor al progenitor que tiene atribuida la custodia y que reside en España, tras pasar las vacaciones con el otro progenitor residente en Alemania. Ejecución de la resolución dictada por el órgano español competente que ordena la restitución del menor, sin que el órgano alemán requerido pueda denegar esa ejecución bajo el pretexto de que se ha vulnerado el artículo 42 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **22 de diciembre de 2010**

Cuestión prejudicial: **C-491/10**

Ponente: **Sr. Tizzano**

Voz: **Ejecución de la resolución de un Estado miembro que ordena la entrega de un menor retenido ilícitamente por el otro progenitor**

De la resolución de remisión y de los autos transmitidos al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente se desprende que los antecedentes del litigio principal y los diversos procedimientos que afectan a las partes en el litigio principal pueden resumirse del siguiente modo.

El Sr. Aguirre Zarraga, de nacionalidad española, y la Sra. Pelz, de nacionalidad alemana, contrajeron matrimonio el 25 de septiembre de 1998 en Erandio (Vizcaya). De este matrimonio nació, el 31 de enero de 2000, su hija Andrea. El lugar de residencia habitual de la familia era Sondika (Vizcaya).

Ante el deterioro de las relaciones entre la Sra. Pelz y el Sr. Aguirre Zarraga hacia finales de 2007, ambos se separaron y, posteriormente,

presentaron sendas demandas de divorcio ante los órganos jurisdiccionales españoles.

Tanto la Sra. Pelz como el Sr. Aguirre Zarraga solicitaron la custodia exclusiva de la hija común. Mediante auto de 12 de mayo de 2008, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao atribuyó provisionalmente la custodia al Sr. Aguirre Zarraga, mientras que a la Sra. Pelz se le concedió un derecho de visita. A raíz de este auto, Andrea se mudó al domicilio paterno.

Dicho auto se basaba en particular en las recomendaciones expuestas por el Equipo Psicossocial Judicial en un dictamen emitido a petición del juez que conocía del asunto. Según este dictamen, era conveniente atribuir la custodia al padre, por hallarse éste en mejores condiciones

para garantizar el mantenimiento del entorno familiar, escolar y relacional de la menor. Puesto que la Sra. Pelz había reiterado su intención de instalarse en Alemania con su nueva pareja y su hija, dicho juez consideró que la atribución de la custodia a la madre sería contraria a las recomendaciones del referido dictamen y se opondría al *bonum filii*.

En junio de 2008, la Sra. Pelz se trasladó a Alemania, donde reside desde entonces con su nueva pareja. En agosto de 2008, al término de las vacaciones de verano que había pasado con su madre, Andrea permaneció con ésta en Alemania. Desde ese momento, la menor no ha vuelto con su padre, a España.

Al estimar que, desde el 15 de agosto de 2008, Andrea vivía con su madre en Alemania, infringiendo lo dispuesto en el auto de 12 de mayo de 2008, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao dictó, a petición del Sr. Aguirre Zarraga, un nuevo auto de medidas provisionales de 15 de octubre de 2008, por el que se prohibía a Andrea abandonar el territorio español acompañada de su madre, de cualquier miembro de la familia de ésta o de cualquier otra persona que tuviera algún vínculo de afinidad con la Sra. Pelz. Además, dicho auto suspendió el derecho de visita anteriormente concedido a ésta, hasta que se dictara sentencia definitiva. El 22 de julio de 2009 continuó el procedimiento relativo a la custodia de Andrea ante el mismo juez. Éste consideró que era necesario un nuevo peritaje y proceder a la audiencia personal de Andrea y fijó fechas para ambos trámites, que debían tener lugar en Bilbao. Sin embargo, ni Andrea ni su madre comparecieron a estas citaciones. Según el órgano jurisdiccional remitente, el juez español no estimó la solicitud de la Sra. Pelz para que se les concediese, a ella y a su hija, la autorización para poder abandonar libremente el territorio español después del examen pericial y de la audiencia de Andrea. El juez español también denegó la solicitud presentada por la madre para que la audiencia de Andrea se realizase por videoconferencia.

Mediante sentencia de 16 de diciembre de 2009, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Bilbao atribuyó la custodia exclusiva de Andrea al padre de ésta. La Sra.

Pelz recurrió esta sentencia ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, solicitando que se diera audiencia a Andrea.

Mediante sentencia de 21 de abril de 2010, este último órgano jurisdiccional desestimó dicha pretensión por considerar que, según las normas procesales españolas, la práctica de pruebas en apelación únicamente es posible en determinados casos expresamente determinados por la ley. A tales efectos, la incomparecencia voluntaria de una parte debidamente convocada a una audiencia en primera instancia no constituye uno de esos casos. Por lo demás, el procedimiento sigue pendiente ante dicho órgano jurisdiccional.

(...).

«1) ¿Tiene el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución excepcionalmente una facultad de control propia, en virtud de una interpretación del artículo 42 del Reglamento (n.º 2201/2003) conforme con la Carta de los Derechos Fundamentales, en caso de graves vulneraciones de derechos fundamentales en la resolución que ha de ejecutarse?

2) ¿Está obligado el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución a proceder a la ejecución, a pesar de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen haya expedido un certificado, con arreglo al artículo 42 del Reglamento (n.º 2201/2003), que, según se desprende de los autos, es manifiestamente inexacto?».

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

En circunstancias como las del asunto principal, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada que ordena la restitución de un menor ilícitamente retenido por considerar que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen del que emana esta resolución ha vulnerado el artículo 42 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, interpretado conforme al artículo 24 de la Carta de los De-

rechos Fundamentales de la Unión Europea, por cuanto la apreciación de la existencia de tal vul-

neración compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen.

Responsabilidad parental: derecho de custodia de una niña de pocos meses, hija de padres no casados y que ya no convivían a la fecha del nacimiento de la menor. Traslado de la menor junto a su madre desde Inglaterra, donde residían, a otro país. Concepto de «residencia habitual» con relación a la menor lactante, criterios para su determinación; criterio de la «presencia del menor».

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **22 de diciembre de 2010**

Cuestión prejudicial: **C-497/10**

Ponente: **Sr. Levits**

Voz: **Custodia de menores. Concepto de residencia habitual con relación a los lactantes**

De los autos presentados al Tribunal de Justicia resulta que la demandante en el litigio principal, la Sra. Mercredi, nacida en la isla de Reunión y de nacionalidad francesa, se trasladó durante el año 2000 a Inglaterra, donde trabajó como miembro de una tripulación al servicio de una compañía aérea. Durante varios años vivió con el Sr. Chaffe, nacional británico, formando ambos una pareja no casada.

De esa relación nació el 11 de agosto de 2009, una niña, Chloé, de nacionalidad francesa. En la semana siguiente al nacimiento de esa niña, la Sra. Mercredi y el Sr. Chaffe, cuya relación ya no era estable desde cierto tiempo antes y que ya no vivían juntos, pues el Sr. Chaffe había abandonado la residencia común, se separaron.

El 7 de octubre de 2009, cuando Chloé tenía dos meses, la Sra. Mercredi y su hija salieron de Inglaterra hacia la isla de Reunión, a la que llegaron el día siguiente. El padre de la niña no fue previamente informado de la salida de la madre y de la niña, pero recibió el 10 de octubre de 2009 una carta en la que la Sra. Mercredi explicaba las razones de esa salida.

Consta que la residencia habitual de la niña antes de su salida el 7 de octubre de 2009 estaba en Inglaterra.

También consta que el traslado de Chloé a la isla de Reunión era lícito, ya que cuando tuvo lugar la Sra. Mercredi era la única persona que disponía de un «derecho de custodia» en el sentido del artículo 2, punto 9, del Reglamento.

El viernes 9 de octubre de 2009, al descubrir que la vivienda de la Sra. Mercredi estaba abandonada, el Sr. Chaffe ejerció, por teléfono, una acción ante el Juez Holman, Duty High Court Judge. Éste dictó una resolución que ordenaba averiguaciones sobre el paradero de la menor («location order») y fijaba una vista del asunto el 12 de octubre de 2009.

El 12 de octubre de 2009 el Sr. Chaffe presentó una demanda, cuyas pretensiones eran, en particular, la atribución de la responsabilidad parental, la residencia compartida y el derecho de visita. Ese mismo día, sin que la Sra. Mercredi hubiera tenido conocimiento de la acción ejercida por el padre y sin estar presente ni representada legalmente, el Juez Colman dictó una resolución que ordenaba a la Sra. Mercredi traer a Chloé de vuelta a Inglaterra. Para evitar cualquier ambigüedad, esa resolución precisaba que no implicaba la entrega de la menor a su padre ni contacto alguno con éste, cuestiones que quedaban pendientes de decisión tras una vista posterior.

Es preciso señalar que el tribunal remitente parte de la premisa de que el procedimiento ante el propio tribunal fue «iniciado», a efectos del artículo 16 del Reglamento, como muy tarde, el 12 de octubre de 2009. Le incumbe, en su caso, verificar ese hecho. En cualquier caso, corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse a la vista de las consideraciones de hecho y de Derecho que se exponen en la resolución de remisión. El 28 de octubre de 2009 la Sra. Mercredi presentó una demanda ante el tribunal de *grande*

instance de Saint-Denis (Francia) con objeto de obtener la responsabilidad parental exclusiva y la fijación del domicilio de Chloé en la vivienda de la madre.

El 18 de diciembre de 2009 el Sr. Chaffe presentó ante el mismo tribunal una demanda para que se ordenara la restitución de Chloé a Inglaterra en virtud del Convenio de la Haya de 1980. Mediante sentencia de 15 de marzo de 2010 se desestimó esa demanda por el motivo de que el Sr. Chaffe no disponía de «derecho de custodia» de Chloé cuando esa niña marchó del Reino Unido. Esa sentencia no ha sido recurrida en apelación.

El 23 de junio de 2010 el tribunal de *grande instance* de Saint-Denis dictó su sentencia, que atribuía la responsabilidad parental exclusiva respecto a Chloé a la Sra. Mercredi, y fijaba la residencia habitual de esa menor en el domicilio de su madre. De las observaciones presentadas por el Sr. Chaffe y por el Gobierno francés en la vista resulta que esa sentencia aún no es firme.

(...).

«1) ¿Cuáles son los criterios apropiados para determinar la residencia habitual de un menor, a efectos:

— del artículo 8 del Reglamento [...] n.º 2201/2003;

— del artículo 10 del Reglamento [...] n.º 2201/2003?

2) ¿Es un órgano jurisdiccional una “institución u organismo” al que pueda atribuirse un derecho de custodia a efectos de las disposiciones del Reglamento (...) n.º 2201/2003? 3) ¿Sigue siendo aplicable el artículo 10 después de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requerido hayan desestimado una demanda de restitución del menor en virtud del (Convenio de La Haya de 1980), debido a que no se cumplen los requisitos de los artículos 3 y 5?

En particular, ¿cómo debe resolverse el conflicto entre la resolución del Estado requerido que estima que los requisitos de los artículos 3 y 5 del (Convenio de La Haya de 1980) no se cumplen y la resolución del Estado requirente que estima que esos requisitos se cumplen?».

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) El concepto de «residencia habitual» a efectos de los artículos 8 y 10 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que esa residencia corresponde al lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar. A tal fin, y cuando se trata de la situación de un lactante que se encuentra con su madre tan sólo desde algunos días antes en un Estado miembro, distinto del Estado de su residencia habitual al que ha sido trasladado, deben considerarse en especial la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso.

En el supuesto de que la aplicación en el asunto principal de los criterios antes mencionados llevara al órgano jurisdiccional nacional a concluir que no puede identificarse la residencia habitual del menor, la determinación del órgano jurisdiccional competente debería realizarse conforme al criterio de la «presencia del menor» en virtud del artículo 13 del Reglamento.

2) Las resoluciones de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que desestiman en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores una demanda de restitución inmediata de un menor al territorio del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, y relativas a la responsabilidad parental respecto a ese menor, no afectan a las resoluciones que deban dictarse en ese otro Estado miembro sobre acciones relativas a la responsabilidad parental que se hayan ejercido anteriormente y estén aún pendientes.

II. LOS ESPAÑOLES TAMBIÉN SON CIUDADANOS DE LA UNIÓN Y OTRAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2010

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA
Coordinador del equipo jurídico de Andalucía Acoge

DIEGO BOZA MARTÍNEZ
Asesor jurídico de la Asociación Pro Derechos Humanos Andalucía

RESUMEN

Los españoles también son ciudadanos de la Unión y otras consecuencias de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 ha anulado determinados preceptos del Reglamento que regula el régimen jurídico de los ciudadanos comunitarios y sus familiares, como consecuencia de la demanda interpuesta por Andalucía Acoge y la Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía.

Las entidades recurrentes entendían que el reglamento, en tanto excluía del régimen más privilegiado a los ascendientes de los ciudadanos españoles, afectaba al principio de igualdad.

También el RD, en cuanto impedía el acceso al trabajo de los ascendientes reagrupados, o extinguía la tarjeta a los viudos de ciudadanos comunitarios, o impedía la reagrupación de las parejas de hecho constituidas en España, al vulnerar la Directiva 2004/38, ha sido anulado en estos y otros extremos.

Palabras clave: Comunitarios, ascendientes, parejas de hecho, Sentencia Tribunal Supremo, Directiva 2004/38, reagrupación familiar.

ABSTRACT

The Spanish are also EU citizens and other consequences of the Sentence of the High Court Chamber for Administrative Litigation of June 1st 2010

The Sentence of the High Court of June 1st 2010 has overturned certain principles of the Regulation that rules the Legal Regime of EC members and their families, as a consequence of the lawsuit brought by Andalucía Acoge and the Pro Human Rights Association of Andalucía.

The appellant entities understood that the regulation, as it excluded the ascendants of Spanish citizens from the most privileged regime, affected the equality principle.

Also the RD, as it impeded the reunified ascendants to access to a job, or it terminated the card to widows of EC members, or it prevented *de facto* couples constituted in Spain from regrouping, as it violated the regulation 2001/38, has been declared null in these and other points.

Key words: EC members, ascendants, *de facto* partnership, High Court Sentence, Regulation 2004/38, Family reunification.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LOS ESPAÑOLES TAMBIÉN SON CIUDADANOS DE LA UNIÓN.

- III. SEPARARSE LEGALMENTE NO EQUIVALE A DIVORCIARSE.
 - IV. EN ESPAÑA LOS REGISTROS DE PAREJAS DE HECHO VÁLIDOS SON LOS REGISTROS AUTONÓMICOS.
 - V. TODOS LOS FAMILIARES DE CIUDADANO DE LA UNIÓN TIENEN DERECHO A TRABAJAR.
 - VI. OTROS ASPECTOS DE LA SENTENCIA.
 - VII. CONCLUSIONES.
-

I. INTRODUCCIÓN

No sería exagerado afirmar que, desde el 20 de marzo de 2003⁽¹⁾, el poder judicial no había intervenido de forma tan trascendente en la materia migratoria y de derechos de los extranjeros como lo ha hecho con la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010. Dicha sentencia viene a anular diecisiete expresiones de seis preceptos distintos del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y, en la práctica, supone un giro copernicano en la cuestión de la residencia en España de los familiares de ciudadanos de la Unión, especialmente en relación a aquellos familiares de ciudadanos españoles que no cuenten con la nacionalidad de un Estado de la Unión.

La sentencia que comentamos tiene su origen en un recurso planteado por las asociaciones *Andalucía Acoge* y *Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía* contra determinados preceptos de dicho Real Decreto y que se basaba, esencialmente, en que, en tanto transposición de la Directiva 2004/38/CE, el Real Decreto 240/2007 planteaba dos tipos de problemas de compatibilidad. Por una parte, en relación con el propio Derecho Comunitario, puesto que el RD 240/2007 definía una regulación más restrictiva que la propia Directiva. Pero también, por otra parte, en relación con la propia Constitución Española y el principio de igualdad del artículo 14, al establecerse un régimen específicamente más prohibitivo para los familiares de ciudadanos españoles que para los familiares de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión.

Anclados en estas dos premisas fundamentales, los recurrentes pretendíamos la anulación de una serie de preceptos. Esencialmente, hacían referencia:

- a la limitación en la aplicación del régimen de familiares de ciudadanos de la Unión a los familiares de los ciudadanos españoles;
- la negación de los derechos de entrada, residencia y mantenimiento a título personal de la residencia a los cónyuges separados legalmente y sus familiares;

(1) La referencia a esta fecha lo es a la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictada entonces a un recurso también de *Andalucía Acoge* por el que se anularon un total de 13 artículos del RD 864/2001, por el que se aprobaba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LODYLE).

II. LOS ESPAÑOLES TAMBIÉN SON CIUDADANOS DE LA UNIÓN

- a los obstáculos establecidos a las parejas de hecho registradas según el ordenamiento jurídico español;
- a los impedimentos impuestos a determinados familiares de ciudadanos de la Unión para trabajar.

Ciertamente, como miembros de las Asociaciones que plantearon el recurso, nos ha resultado muy satisfactorio que el Tribunal Supremo acogiera la práctica totalidad de nuestros argumentos jurídicos, puesto que la sentencia declara nulos todos los preceptos impugnados, a excepción de uno⁽²⁾. En el presente trabajo pretendemos acercarnos a las consecuencias derivadas de que la sentencia haya acogido nuestros planteamientos, dedicando un apartado a cada uno de los cuatro ámbitos arriba enumerados. Posteriormente, y con mayor brevedad, apuntaremos algunas otras cuestiones a las que la sentencia hace referencia, para cerrar con algunas reflexiones a modo de conclusiones.

No obstante, debemos comenzar con la premisa procesal fundamental de la que partió nuestro recurso, en el sentido de argumentar la posibilidad de que el Tribunal Supremo declarase nulos determinados preceptos del RD 240/2007 por ser contrarios al contenido de la Directiva 2004/38/CE, sin plantear la cuestión prejudicial. Desde esta perspectiva, en la demanda se traían a colación dos de los principios fundamentales del Derecho Comunitario, como son el principio de primacía del Derecho Comunitario y el principio de efecto directo vertical, y su aplicación concreta a esta directiva, así como la doctrina comunitaria del acto claro.

En realidad, este es el principal punto de discrepancia en la sentencia entre la mayoría de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y la magistrada Teso Gamilla, que incorpora un Voto Particular a aquélla. Se trata, no tanto de la concepción del principio de primacía como de la del principio de efecto directo vertical y la caracterización de la Directiva como acto claro, y su oposición con los apartados del texto del Real Decreto recurridos.

El Voto Particular ancla sus fundamentos en una visión muy laxa de este principio de efecto directo. Bajo la premisa del artículo 249 del TCE⁽³⁾ de que la Directiva obliga al Estado miembro en cuanto al resultado, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios de la transposición, entiende que la transposición española entra dentro de la libertad de ordenación o configuración que mantiene el Estado.

Nadie puede poner en duda la existencia de un cierto margen de discrecionalidad estatal, pero sí resulta discutible que los preceptos recurridos entren dentro de ese margen. Especialmente cuando la inmensa mayoría de ellos (por no decir la totalidad) suponen el reconocimiento de derechos sustantivos de los particulares que resultan protegidos en la Directiva y que, por tanto, son oponibles a la norma estatal. En esencia, la norma reglamentaria respeta los objetivos y la finalidad de la Directiva. Pero, tal y como afirma el Voto Particular, en aquellos aspectos recurridos, no basta con los objetivos y la finalidad, sino que se exige el reconocimiento de derechos concretos, que la norma olvida, excepciona o niega.

(2) En concreto el artículo 17 del RD 240/2007.

(3) Antes del Tratado de Ámsterdam, este artículo era el 189.

Ésta es también la visión de la mayoría de la Sala, que consideró viable el control jurisdiccional del RD 240/2007 desde la perspectiva del Derecho Comunitario europeo y sin que concurrieran las circunstancias para el planteamiento de la Cuestión Prejudicial ante el TJUE⁽⁴⁾. No obstante, en los apartados siguientes, volveremos a recuperar algunas cuestiones de este debate al analizar la aplicación concreta en los diferentes preceptos recurridos.

II. LOS ESPAÑOLES TAMBIÉN SON CIUDADANOS DE LA UNIÓN

Desde el punto de vista de la práctica cotidiana en la materia migratoria, el aspecto más relevante de la sentencia que aquí comentamos está relacionado con la exigencia de aplicabilidad del régimen de familiares de ciudadanos de la Unión a los familiares de ciudadanos españoles.

Conviene recordar, en este punto, que las anteriores regulaciones del régimen de familiares comunitarios en España habían mantenido el criterio de aplicar a los familiares de españoles este régimen. Así había ocurrido con el RD 1099/1986 y con los sucesivos reales decretos que habían regulado esta cuestión⁽⁵⁾. El RD 240/2007 marcó, por tanto, un giro en la regulación en España de esta materia al introducir la «discriminación inversa» perjudicando a los familiares extracomunitarios de ciudadanos españoles a los que se les hacía de peor condición —en cuanto a sus derechos de entrada, residencia y trabajo en España— que a los familiares extracomunitarios de ciudadanos de la Unión.

La compatibilidad de la «discriminación inversa» con los principios del Derecho Comunitario en estos casos aparecía ya recogida en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto. Sin embargo, los recurrentes consideramos que, en la regulación del régimen jurídico de los familiares de ciudadanos españoles, el RD 240/2007 resultaba contrario a Derecho en tres preceptos.

Por una parte, en lo que hacía referencia al artículo 2 del Real Decreto y su inciso «otro Estado miembro»⁽⁶⁾. Según esta dicción del precepto, el régimen comunitario resultaba inaplicable a los familiares de ciudadanos españoles, cualquiera que fuera su situación. El problema es que dicha regulación iba más allá de la «discriminación inversa» puesto que no admitía la posibilidad de aplicación del régimen comunitario a los familiares de un ciudadano español que hubiera ejercido el derecho a la libertad de circulación y regresase a España. En este sentido, el artículo 3 de la Directiva contempla, como ámbito subjetivo de ésta, la situación de «cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un

(4) STS de 1 de junio de 2010. Fundamento Jurídico Primero.

(5) Real Decreto 776/1992, de 26 de junio; Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo; Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre, y Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero. *Vid.* a este respecto IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «Dos cuestiones suscitadas por la transposición española de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: el régimen aplicable a los ascendientes de españoles y la extensión del concepto “miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión”», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, septiembre/diciembre de 2007, pp. 913-939.

(6) En concreto, el precepto decía: «El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadanos *de otro Estado miembro* de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:...».

II. LOS ESPAÑOLES TAMBIÉN SON CIUDADANOS DE LA UNIÓN

Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia», lo que no excluye a los ciudadanos españoles que hayan ejercido el derecho a la libre circulación.

Desde estas premisas, el Tribunal Supremo comparte con los recurrentes que «la vuelta o regreso de un ciudadano español a su país de origen desde otro Estado miembro de la Unión europea con su familia no puede afectar al régimen europeo de la misma familia del que ya disfrutaba en el ese (*sic*) otro Estado miembro, por cuanto dicho estatuto comunitario que la Directiva 2004/38/CE proyecta y regula, no puede verse limitado o menoscabado por una regulación interna de uno de los Estados miembros»⁽⁷⁾.

Ciertamente, se trata de poner de relieve un error del legislador reglamentario a la hora de introducir dicha discriminación inversa. En este sentido, el TJCE había aceptado la «discriminación inversa» en las «situaciones puramente internas», es decir, en aquellos supuestos en los que el ciudadano español no hubiese ejercido la libertad de establecimiento comunitaria. No se discute que, en las «situaciones puramente internas», el Derecho Comunitario permita la «discriminación inversa», como plantea en el Voto Particular la magistrada Teso Gamella⁽⁸⁾. Lo que se discute es el olvido de supuestos en los que no se puede hablar de «situaciones puramente internas».

De hecho, aquellos supuestos en los que el ciudadano español hubiese ejercido dicha libertad no se podían calificar de «situaciones puramente internas» y, a éstos, debían aplicárseles las reglas del resto de ciudadanos comunitarios. Por todas, es clarísima la sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-291/2005, en la que el TJCE afirma que, «en el supuesto de que un trabajador regrese al Estado miembro del que es nacional tras haber ejercido una actividad laboral en otro Estado miembro, un nacional de un Estado tercero que sea miembro de la familia de ese trabajador tiene, en virtud del artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 1612/68, precepto que resulta aplicable por analogía, derecho a residir en el Estado miembro del que es nacional el trabajador...»⁽⁹⁾.

Es posible que una regulación en la que el legislador reglamentario hubiera tenido en cuenta esta jurisprudencia del TJCE y hubiera equiparado el régimen de los familiares del ciudadano español que ejerce su libertad de establecimiento en otro Estado miembro y obtiene para sus familiares el régimen comunitario en dicho Estado, a su regreso a España, al régimen de los familiares de los ciudadanos de la Unión, no hubiera resultado contraria a la Directiva ni al Derecho Comunitario. Sin embargo, con la regulación existente, consideramos que al Tribunal Supremo no le quedaba otra posibilidad ajustada a Derecho que anular dicho inciso.

Ello nos ha dejado, sin embargo, sin uno de los pronunciamientos del Tribunal Supremo que podrían resultar más interesantes con vistas al futuro, como era el de la compatibilidad de este tipo de discriminación inversa con el artículo 14 de la Constitución. Éste

(7) STS de 1 de junio de 2010. Fundamento Jurídico Segundo.

(8) STS de 1 de junio de 2010. Voto Particular que formula la Magistrado Excm. Sra. Doña M.ª Pilar Teso Gamella. Apartado II.Primer.

(9) Fundamento Jurídico 45 de la STJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-291/2005. En el mismo sentido, son antecesoras de esta sentencia las SSTJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto *Carpenter* C-60/00, y de 23 de septiembre de 2003, asunto *Akrich* C-109/01.

fue, de hecho, el principal argumento a la hora de solicitar que se declarara la nulidad de la Disposición Final Tercera, apartados Uno y Dos, del RD 240/2007.

Hay que recordar que la disposición final 3.^a, apartado Uno, introducía en el Reglamento de Desarrollo de la LODYLE la Disposición Adicional XIX, por la que se establecía un régimen peculiar para otros familiares de ciudadanos de la Unión no comprendidos en el artículo 2 del RD 240/2007, y del que se excluía a los familiares de ciudadanos españoles. La disposición final 3.^a, apartado Dos, por su parte, introducía en el Reglamento de la LODYLE la disposición adicional XX que, entre otras cuestiones, establecía la aplicación para la reagrupación de los ascendientes de español del Régimen General de Extranjería.

Como decíamos, nuestra oposición a estos preceptos se fundamentaba, esencialmente, en su contraposición con el artículo 14 de la Constitución Española. En el fondo, nuestro planteamiento reclamaba un posicionamiento del Tribunal Supremo sobre la compatibilidad del régimen de «discriminación inversa» en las «situaciones puramente internas» con el texto de nuestra Constitución. Lo considerábamos (y lo seguimos considerando), en palabras del dictamen del Consejo de Estado sobre el Real Decreto, «una situación menos favorable [para los ciudadanos españoles] respecto de los comunitarios y nacionales de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el EEE que carece de justificación».

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha evitado pronunciarse sobre esta cuestión. Al haber declarado nulo el inciso «otro Estado miembro» del artículo 2 del RD, al analizar el apartado de nuestro recurso dedicado a la disposición final 3.^a del RD 240/2007⁽¹⁰⁾, le ha bastado con retrotraerse a lo afirmado en aquel Fundamento Jurídico y, por tanto, declarar nulos ambos preceptos sin mayor referencia a su compatibilidad con el artículo 14 CE. La sentencia ha sido corregida por auto de 14 de septiembre de 2010, ya que por error material se anulaba la disposición adicional XIX, en vez de la XX, como pedían los recurrentes y fue argumentado por la sala. Ni siquiera el análisis del Voto Particular, que considera que no hay oposición entre la norma reglamentaria española y la norma comunitaria, entra en la valoración de la compatibilidad de aquella con el artículo 14 CE.

No obstante todo ello, no es menos cierto que el Tribunal Supremo, si bien con una parca argumentación, anula la disposición adicional XX, que solamente se refería a Derecho interno, luego es imaginable que la voluntad del alto Tribunal es equiparar en el ejercicio de los derechos a los comunitarios y a los españoles en cuanto a poder vivir con sus familiares directos, ya que de lo contrario podía haber anulado el inciso «otro Estado miembro» pero haber dejado la disposición adicional XX. A este respecto no hemos de olvidar que ya el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de junio de 2004, anuló determinados preceptos del RD 178/2003, que regulaba el régimen de los comunitarios y sus familiares, precisamente por la extensión del régimen comunitario a los familiares de los españoles, pues **«obedece sin duda a la necesaria igualdad de trato, en función de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución en relación con el 19 de la misma, que ha de darse tanto a los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el EEE así como a los españoles»**.

(10) STS de 10 de junio de 2010, Fundamento Jurídico Undécimo, B).

II. LOS ESPAÑOLES TAMBIÉN SON CIUDADANOS DE LA UNIÓN

Desde el apartado práctico, el razonamiento de la mayoría de la Sala satisface nuestros planteamientos porque declara nulos ambos preceptos. No obstante, desde un punto de vista jurídico nos deja insatisfechos, puesto que nos hurta una reflexión sobre la aplicabilidad del principio de igualdad del artículo 14 CE a este tipo de casos. Esta sentencia nada dice de la posibilidad de que el legislador reglamentario equiparase al régimen comunitario a los familiares de ciudadanos españoles que hubieran ejercido la libertad de circulación y excluyese de él a los familiares no comunitarios del resto de ciudadanos españoles. Una reflexión sobre el particular, aun a título de *obiter dictum*, habría aclarado futuras regulaciones sobre la materia.

III. SEPARARSE LEGALMENTE NO EQUIVALE A DIVORCIARSE

Otra de las cuestiones sobre las que se planteó la nulidad del Real decreto 240/2007 hacía referencia a su equiparación entre la separación legal y el divorcio. Concretamente, tal situación se producía en el artículo 2, letras a) c) y d), en los artículos 9.1, 9.4, 9.4.a) y 9.4.d), así como en la disposición final 3.^a, apartado Dos. Estos preceptos excluían del régimen jurídico aplicable a la entrada y residencia en España de los familiares de ciudadanos de la Unión al cónyuge separado legalmente.

En este sentido, el argumento para solicitar que se declarasen nulas estas referencias en los citados preceptos era su incompatibilidad con la Directiva, dado que, en estos puntos, la Directiva hablaba exclusivamente de cónyuges, sin introducir la cuestión de la separación legal. Por tanto, y puesto que la separación, de hecho o legal, no extingue el vínculo matrimonial, los cónyuges separados legalmente siguen siendo cónyuges y, por tanto, a ellos les resulta de aplicación el régimen de familiares comunitarios.

El Tribunal Supremo consideró acertado nuestro razonamiento anulando las referencias que al cónyuge separado legalmente se hacían en los preceptos antes citados, algo que considera incorrecto el Voto Particular que se contiene en la sentencia. Para la magistrada Teso Gamella, que el legislador reglamentario excluya al cónyuge separado legalmente del concepto de cónyuge obrante en la Directiva a la hora de trasponerla no es más que parte de la modulación y concreción permisible para el Estado en el proceso de trasposición.

En su oposición a la opinión de la mayoría de la Sala, el Voto Particular considera que la interpretación citada conduce al absurdo de que el mismo ciudadano separado legalmente pueda, a su vez, tener una pareja con la que mantenga una relación estable y, por tanto, reagrupar al mismo tiempo a la pareja de hecho y al cónyuge separado.

Ciertamente, defrauda leer una consideración de este tipo en un Voto Particular de una sentencia del Tribunal Supremo, ya que la magistrada olvida que para la reagrupación de la pareja de hecho se requiere la inscripción en el registro de parejas de hecho, y que dicha inscripción se deniega en el caso de que alguno de los solicitantes estuviera casado y no hubiera obtenido el divorcio⁽¹¹⁾. De hecho, es éste otro argumento más que incide en que,

(11) Es más, el propio apartado 1.b) del artículo 2 establece que «Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí».

en el régimen matrimonial español, el separado legalmente sigue siendo cónyuge y, por tanto, está comprendido dentro del concepto de cónyuge al que se refiere la Directiva.

Tampoco resulta aceptable la consideración del Voto Particular de que el legislador comunitario no ha entrado a distinguir entre cónyuge y cónyuge separado legalmente porque la Directiva está redactada sin tener en cuenta el Derecho español. Se trata de una consideración particular de la magistrada sin mayor soporte argumental. Es más, dado que la figura de la separación legal no es restrictiva de nuestro sistema matrimonial, sino que se encuentra en la legislación de al menos cuatro Estados miembros más⁽¹²⁾, podemos considerar que la ausencia de referencia a la separación legal en la Directiva no es un olvido sino una opción.

Conviene tener en cuenta, a este respecto, que la exclusión del cónyuge separado legalmente no sólo hace referencia a éste, sino también a sus ascendientes y descendientes. La norma española anulada impedía la entrada de la suegra de un ciudadano comunitario que estuviese separado legalmente de la hija de ésta. Ello impediría que la citada suegra, abuela de los hijos del ciudadano comunitario, pudiera acompañar a éste a España para el cuidado de los menores. Es un ejemplo de uno de los supuestos en los que el exceso de celo del legislador reglamentario español a la hora de trasponer la Directiva provocaría graves perjuicios familiares.

No obstante, la mayoría de la Sala no requiere de argumentaciones de este tipo, sino que se basta con aplicar la lógica de los artículos 83 y 84 del Código Civil para entender que la situación de separación legal no conlleva una disolución definitiva del vínculo matrimonial y, por tanto, «en tales supuestos no debe de desaparecer (*sic*) tampoco la extensión —al cónyuge separado legalmente— del régimen jurídico contenido en el Real Decreto impugnado»⁽¹³⁾.

IV. EN ESPAÑA LOS REGISTROS DE PAREJAS DE HECHO VÁLIDOS SON LOS REGISTROS AUTONÓMICOS

Uno de los preceptos del Real Decreto 240/2007 que había provocado una interpretación más absurda por parte de la Administración española era el referente a las parejas de hecho. Hay que recordar que la dicción del apartado 1.b) del artículo 2⁽¹⁴⁾ y de la disposición final 3.ª, apartado Dos, del RD 240/2007⁽¹⁵⁾, exigían la imposibilidad de dos registros simultá-

(12) En concreto, Portugal, Grecia, Irlanda e Italia, además de Escocia. Vid. MONJE BALMASEDA, Ó., y otros, *El nuevo Derecho Matrimonial. Comentarios a las Leyes 13/2005, de 1 de Julio y 15/2005, de 8 de Julio*, Dykinson, Madrid, 2007.

(13) STS de 10 de junio de 2010. Fundamento Jurídico Tercero.

(14) «El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:

A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí».

(15) «1. El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico

II. LOS ESPAÑOLES TAMBIÉN SON CIUDADANOS DE LA UNIÓN

neos en el mismo Estado para aceptar la inscripción de una pareja como válida a los efectos de otorgar a la pareja del ciudadano comunitario el régimen de familiar de ciudadano de la Unión.

La paradoja, que ya ha sido ampliamente comentada⁽¹⁶⁾, llegaba en la interpretación que de dicho precepto hacía la Administración al entender que la inexistencia en España de un registro único estatal era motivo suficiente para que las parejas de hecho registradas de acuerdo a la normativa española (en los registros autonómicos) no tuvieran derecho a la obtención del permiso de residencia como familiar de comunitario.

Es cierto que desde algunos Juzgados y Tribunales se había venido rechazando esta restricción de derechos que el Estado descentralizado provocaba entre los sujetos que se constituían en pareja de hecho en España. En el momento de dictar sentencia el Tribunal Supremo eran ya varias las resoluciones judiciales que habían considerado que las parejas de hecho registradas en los registros autonómicos tenían derecho a la obtención de la residencia como familiares de comunitarios⁽¹⁷⁾. Sin embargo, la Administración seguía manteniendo su interpretación y rechazando la posibilidad de que las parejas de hecho registradas en España de ciudadanos comunitarios accedieran al régimen de familiares de ciudadanos de la Unión.

El Tribunal Supremo ha anulado la expresión «que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado» del artículo 2.1.b) y de la Disposición Adicional Vigésima, apartado 1.b), y ello con la base de la incompatibilidad de tal mención con el artículo 2.2.b) de la Directiva. Dicho precepto definía como miembros de la familia a «la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada con arreglo a la legislación de un Estado miembro», y la legislación del Estado español establece que los Registros públicos de parejas de hecho son competencia de las Comunidades Autónomas y los municipios.

En el Voto Particular, la magistrada rechaza la decisión mayoritaria e insiste en que la opción del legislador reglamentario se inserta en el margen de configuración que le resulta propio a cada Estado a la hora de trasponer una Directiva, con el objetivo de imponer certidumbre y rigor en la configuración y definición de ese miembro de la familia. No obstante, la mayoría de la Sala rechaza esa interpretación finalista al considerar que, pese a que pue-

Europeo, será de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano español, cuando le acompañen o se reúnan con él, y estén incluidos en una de las siguientes categorías:

(...) b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí».

(16) Véanse, al respecto, el trabajo ya citado de IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «Dos cuestiones suscitadas por la transposición española de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: el régimen aplicable a los ascendientes de españoles y la extensión del concepto “miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión”», o el Informe del Defensor del Pueblo Vasco en el 2007, pp. 463 y ss.; o el Dossier elaborado por la organización *Heldu*, accesible en internigra.info.

(17) Véanse, entre otras, la sentencia de 26 de septiembre de 2008 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sentencia 476/2008), la sentencia de 19 de febrero de 2009 del JCA núm. 2 de Pontevedra en el Procedimiento Abreviado 421/2008, y la sentencia de 27 de enero de 2009, del JCA núm. 5 de Málaga, en el Procedimiento Abreviado 739/2008.

da ser loable el esfuerzo por evitar fraudes en el ámbito de las inscripciones de parejas de hecho, tal finalidad no le corresponde a la normativa que regula la entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea.

Ciertamente, nadie pone en duda la conveniencia de poner en contacto los diversos registros de parejas de hecho existentes en el Estado español para evitar los fraudes que pudieran producirse. No obstante, se trata de una necesidad que deben cumplir los Poderes Públicos y no parece adecuado que su incumplimiento derive en una merma de derechos para las parejas registradas en España de acuerdo a la legislación que han hecho todo lo que estaba en su mano, esto es, cumplir con los requisitos correspondientes en el Registro de Parejas de Hecho competente.

No se ha mostrado cuantificación alguna del tan referido fraude en los registros de parejas de hecho, lo que nos lleva a desconocer su magnitud, pero su hipotética existencia no puede justificar que la inscripción de todas las parejas sea excluida a los efectos del RD 240/2007. Si se nos permite el ejemplo, es como si la existencia de determinadas tramas de matrimonios de conveniencia (o blancos) llevara a la Administración a rechazar el reconocimiento de derechos a todos los matrimonios realizados en España.

En todo caso, también cabría la posibilidad de que la Administración rechace la reagrupación de aquel individuo con más de una pareja inscrita, de forma similar a lo que se prevé⁽¹⁸⁾ para los casos de reagrupaciones en supuestos de nacionales cuya ley personal admite los matrimonios poligámicos, pero, como afirma la sentencia comentada, «estas soluciones deben ser reguladas desde otras perspectivas jurídicas».

V. TODOS LOS FAMILIARES DE CIUDADANO DE LA UNIÓN TIENEN DERECHO A TRABAJAR

Otro de los aspectos del RD 240/2007 cuya declaración de nulidad se solicitaba en nuestro recurso hacía referencia a las limitaciones introducidas por éste en relación al derecho al trabajo de ciertos familiares de ciudadanos de la Unión, concretamente los descendientes que vivan a cargo del ciudadano de la Unión y los ascendientes a cargo. En relación con este punto se solicitaba la declaración de nulidad de una parte del artículo 3.2⁽¹⁹⁾.

En la práctica, si estas personas querían trabajar sólo podían hacerlo de forma esporádica y en trabajos de índole menor, puesto que la prohibición sólo se excepcionaba cuando

(18) Art. 17.1.a) de la LO 4/2000.

(19) «Asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, *exceptuando a los descendientes mayores de veintitún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d) del presente Real Decreto*, tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, 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.

No alterará la situación de familiar a cargo la realización por éste de una actividad laboral en la que se acredite que los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para su sustento, y en los casos de contrato de trabajo a jornada completa con una duración que no supere los tres meses en cómputo anual ni tenga una continuidad como ocupación en el mercado laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento. En caso de finalización de la situación de familiar a cargo y eventual cesación en la condición de familiar de ciudadano de la Unión, será aplicable el artículo 96.5 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000» (en cursiva los incisos recurridos y declarados nulos).

II. LOS ESPAÑOLES TAMBIÉN SON CIUDADANOS DE LA UNIÓN

los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para el sustento. En caso contrario, es decir, cuando estas personas quisieran realizar una actividad laboral continuada con una retribución conveniente, para poder hacerlo debían renunciar a su *status* de familiar de ciudadano de la Unión y cambiar al régimen general a través del mecanismo previsto en el artículo 96.5 del Reglamento de la LODYLE.

En este caso, la oposición con el texto de la Directiva era tan clara que ni siquiera el Voto Particular puso en cuestión los argumentos esgrimidos por los recurrentes y acogidos por la sentencia. Concretamente, el artículo 23 de la Directiva establece que «Los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, independientemente de su nacionalidad, beneficiarios del derecho de residencia permanente en un Estado miembro, tendrán derecho a trabajar por cuenta propia o ajena».

La ilegitimidad de privar el derecho a trabajar a los ascendientes a cargo y a los descendientes mayores de 21 a cargo ya había sido puesta en evidencia por la Comisión Europea en contestación a una denuncia interpuesta por dos particulares españoles contra el RD 240/2007⁽²⁰⁾.

En el RD 240/2007, el legislador reglamentario español pretendió mantener las restricciones al derecho al acceso al trabajo obrantes en los reales decretos sobre la materia precedentes, sin adecuar su visión sobre el derecho al trabajo de los familiares de los ciudadanos de la Unión a los nuevos planteamientos de la Directiva comunitaria 2004/38/CE, que amplió el campo de aplicación del derecho al trabajo frente a la normativa comunitaria anterior, que resultaba más restrictiva en este ámbito.

No obstante, la dicción del artículo 23 de la Directiva resultaba tan clara que el Tribunal Supremo no dudó en declarar nulos ambos apartados del artículo 3.2 del Real Decreto por tratarse de una trasposición restrictiva con respecto a la Directiva y porque, además, resultaba limitadora del derecho de libre circulación de los ciudadanos comunitarios, que recoge el artículo 18.2 TCE, y de la libre circulación de trabajadores del artículo 39.1 TCE.

No obstante esta anulación, que desde el momento de la publicación permitiría el acceso al trabajo de los ascendientes y mayores de 21 años, al llevar necesariamente aparejada la anulación de la excepción recogida en el artículo 3.2 en su párrafo 2.º, supone que exista un vacío en cuanto a qué ha de entenderse como familiar a cargo, para el caso de que el ascendiente o mayor de 21 años comience algún trabajo temporal o a tiempo parcial. Vacío que debería llenarse, ya que de lo contrario habría quien pudiese interpretar que, de conformidad con el inciso último de ese párrafo, no anulado, deba solicitarse una tarjeta del régimen general conforme al artículo 96.5 del RD 2393/2004.

VI. OTROS ASPECTOS DE LA SENTENCIA

Podemos considerar los apartados enumerados los más trascendentes de la demanda que planteamos en julio de 2008, y de la sentencia que lo resolvió dos años después. No obs-

(20) Contestación del Comisario D. Ernesto Bianchi, Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, de fecha 19 de febrero de 2008.

tante, no fueron los únicos sino que, al menos, se solicitó la declaración de nulidad de, al menos, cinco preceptos más del RD 240/2007.

Así, por ejemplo, también se impugnó el párrafo 2.º del artículo 9.2, que expulsaba del régimen de familiares de ciudadanos de la Unión, en caso de fallecimiento de ciudadanos de la Unión, al que hubiese venido a acompañar en España a los familiares de éste que no tuvieran el derecho a residir con carácter permanente. Dicho precepto enviaba a estos familiares al régimen general del artículo 96.5 del Reglamento de la LODYLE y les exigía la demostración de su actividad laboral o de medios económicos suficientes.

El Tribunal Supremo reconoció que esta restricción resultaba contraria al artículo 12.2 de la Directiva 38/2004/CE puesto que este precepto reconocía, expresamente, el derecho de residencia a los familiares del ciudadano de la Unión difunto siempre que hubieren residido en condición de familiares de ciudadano de la Unión en el país de acogida durante un año antes del fallecimiento. Por tanto, la sentencia declara la nulidad de este párrafo del RD 240/2007 por tratarse de una transposición restrictiva.

También se declara la nulidad del inciso «hasta el segundo grado» de la disposición adicional XIX. En este caso, se hacía referencia a los parientes que, fuera de los casos establecidos en el artículo 2.2 del RD, podían obtener ciertos beneficios en la tramitación de visados o en la obtención de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales, precisamente por su relación con el ciudadano comunitario.

El tema objeto de litigio, en este punto, hace referencia a la distinta concepción del campo de parientes al que puede aplicársele estos beneficios. Así, mientras que la Directiva hablaba de «otros familiares», sin más limitación, el RD de transposición reduce dicho ámbito a otros familiares «con parentesco hasta segundo grado». Se reproduce aquí la controversia que se mantiene a lo largo de la sentencia entre la mayoría de la Sala y la magistrada que realiza el Voto Particular. Así, mientras que para la segunda esta limitación se trata, simplemente, de una restricción lógica en la función de adaptación de la norma comunitaria al ámbito estatal, para la mayoría de la Sala es una restricción inaceptable que obliga a que se suprima esta limitación.

Parece más adecuada la visión del conjunto de la Sala que hace referencia a que la Directiva ya establece unas restricciones al concepto de «otros familiares», puesto que exige que «en el país de procedencia, o bien ha de estar a cargo del ciudadano de la Unión Europea, o bien han de concurrir en el mismo motivos graves de salud o discapacidad, y, además, que resulte “estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal”»⁽²¹⁾.

También, y de esta misma disposición adicional XIX, se impugnó el inciso referido a que dicha disposición se aplicase a los ciudadanos de «otro Estado miembro», lo que dejaba fuera a esos otros familiares de los ciudadanos españoles no recogidos en el artículo 2 del Real Decreto. El Tribunal supremo acoge la impugnación pero por error anula el inciso «otro», referido a otro familiar, no a otro Estado miembro, como pedíamos. Este error, entendemos que material, está pendiente de corregir, según se ha solicitado al Tribunal Supremo. La cuestión tiene su importancia, ya que de lo contrario la extensión por motivos

(21) STS de 1 de junio de 2010. Fundamento Jurídico Undécimo.A).

II. LOS ESPAÑOLES TAMBIÉN SON CIUDADANOS DE LA UNIÓN

excepcionales a otros familiares diferentes a los del artículo 2 sólo les sería aplicable a familiares de otros ciudadanos de la Unión, y, por lo tanto, no a los de los españoles.

Tres preceptos más fueron impugnados. Uno no estaba ya en vigor en el momento de dictarse la sentencia, puesto que el legislador reglamentario se había cerciorado de su falta de adecuación a la Directiva y lo había modificado⁽²²⁾. Los otros dos hacían referencia a las garantías procesales y eran, concretamente, el artículo 17, sobre la suspensión de la expulsión, y el artículo 18.2, sobre la ejecución de aquélla.

El artículo 17⁽²³⁾ ha sido el único cuya nulidad se solicitó en el recurso, pronunciándose la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a favor de su mantenimiento en el ordenamiento jurídico. Entiende la Sala que las garantías establecidas en dicho artículo en relación a la tramitación de los recursos contra la orden de expulsión cumplen las exigencias del artículo 31 de la Directiva, y que las excepciones a dichas garantías también coinciden con el texto comunitario.

Si bien es cierto que la Directiva así lo establece, no es menos cierto que la STJCE, Sala 3.^a, de 2 de junio de 2005, asunto C-136/2003, declaró que «El artículo 9, apartado 1, de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, debe interpretarse en el sentido de que **se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual los recursos judiciales interpuestos contra una decisión de expulsión del territorio de ese Estado, adoptada contra un nacional de otro Estado miembro, carezcan de efectos suspensivos** y en virtud de la cual, al examinarse tales recursos, la decisión de expulsión únicamente pueda ser objeto de una apreciación de legalidad, siempre que no se haya instituido ninguna autoridad competente en el sentido de la referida disposición». Es decir, que

(22) El artículo 4.2, en su último párrafo, decía: «La posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, válida y en vigor, *expedida por un Estado que aplica plenamente el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, y su normativa de desarrollo*, eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener el visado de entrada y, a la presentación de dicha tarjeta, no se requerirá la estampación del sello de entrada o de salida en el pasaporte» (en negrita el inciso recurrido). Tras el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, se modificó dicho precepto, pasando su dicción a «La posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, válida y en vigor, expedida por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener el visado de entrada y, a la presentación de dicha tarjeta, no se requerirá la estampación del sello de entrada o de salida en el pasaporte».

(23) Dice el artículo 17 del RD 240/2007: «1. Cuando la presentación de recurso administrativo o judicial contra la resolución de expulsión vaya acompañada de la solicitud de una medida cautelar de suspensión de la ejecución de dicha resolución, no podrá producirse la expulsión en sí hasta el momento en que se haya adoptado la decisión sobre la medida cautelar, *excepto si se da una de las siguientes circunstancias:*

- a) *Que la resolución de expulsión se base en una decisión judicial anterior.*
- b) *Que las personas afectadas hayan tenido acceso previo a la revisión judicial.*
- c) *Que la resolución de expulsión se base en motivos imperiosos de seguridad pública según lo señalado en el artículo 15.5.a y d del presente Real Decreto.*

2. Durante la sustanciación del recurso judicial, el interesado no podrá permanecer en territorio español, salvo en el trámite de vista, en que podrá presentar personalmente su defensa, excepto que concurran motivos graves de orden público o de seguridad pública o cuando el recurso se refiera a una denegación de entrada en el territorio». Se impugnó el artículo completo o, subsidiariamente el inciso marcado en cursiva.

la mera interposición de un recurso debía tener, de por sí, efectos suspensivos, sin que sea necesario que se haya solicitado expresamente la suspensión, como ha declarado la sentencia y declaraba la directiva de reagrupación familiar, que entendemos podía haber sido interpretada en el sentido antes mencionado de que la mera interposición tendrá efectos suspensivos, como así lo hizo el TJCE respecto a la Directiva que fue objeto de impugnación.

Sin embargo, en relación con el artículo 18.2⁽²⁴⁾, de nuevo el Tribunal Supremo vuelve a acoger las tesis de los recurrentes entendiendo que la ejecución inmediata de la expulsión en los casos de urgencia, prevista en este artículo, es contraria a las garantías de motivación de la resolución, notificación con información de recursos y, sobre todo, posibilidad de su ejercicio. La urgencia «no puede impedir el régimen de control jurisdiccional de la medida de expulsión y la posibilidad de suspensión cautelar»⁽²⁵⁾.

VII. CONCLUSIONES

En un caso de este tipo, cuando el equipo jurídico de unas organizaciones como *Andalucía Acoge* o *APDH-A* se plantea la necesidad de interponer un recurso contra una norma general, lo hace desde el convencimiento de que le asiste la razón de los argumentos jurídicos y espera, en el largo período que media entre el planteamiento de la demanda y la sentencia, que así lo reconozca el tribunal competente. Por ello, la recepción de la sentencia supone una notable satisfacción para las personas que han trabajado en la preparación del recurso.

En este caso, en el que sobre un total de trece preceptos impugnados el Tribunal Supremo nos ha dado la razón en doce de ellos, la satisfacción se incrementa, esencialmente por dos razones. En primer lugar, porque el grupo de personas sabe que ha hecho un buen trabajo y, sobre todo, porque los seres humanos a los que atendemos y con los que colaboramos en el día a día ven reconocidos sus derechos.

No obstante, incluso con sentencias tan abrumadoras como ésta siempre queda un resquicio para la decepción. Por una parte, en el propio contenido de la sentencia que, como hemos indicado, no afronta una de las cuestiones que considerábamos esenciales, que era la de la compatibilidad de la «discriminación inversa» con el artículo 14 de la Constitución Española. Es decir, no sabemos si el título de nuestro artículo es cierto y «los españoles también son ciudadanos de la Unión», a los efectos del régimen de entrada y residencia de sus familiares. De momento, el Tribunal Supremo ha obligado a que se mantenga el mismo régimen para los familiares de unos y otros, pero no ha cerrado las puertas para nuevas aventuras discriminatorias del legislador reglamentario.

Por otra parte, la decepción también llega al comprobar que durante más de tres años han estado vigentes unas normas que resultaban contrarias al ordenamiento jurídico y que

(24) El artículo 18.2 del RD 240/2007 decía: «Las resoluciones de expulsión fijarán el plazo en el que el interesado debe abandonar el territorio español. *Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata*, en los demás supuestos se concederá al interesado un plazo para abandonarlo, que no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de la notificación de la resolución. Las citadas resoluciones deberán ser motivadas, con información acerca de los recursos que se puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien se debe formalizar» (en cursiva el inciso impugnado).

(25) STS de 1 de junio de 2010, Fundamento Jurídico Décimo.

II. LOS ESPAÑOLES TAMBIÉN SON CIUDADANOS DE LA UNIÓN

han restringido los derechos de muchas personas que, para nosotros, tienen rostro, nombre y apellidos. Ellos son los que más satisfechos pueden estar de esta sentencia, pero también los más desilusionados, porque siendo españoles no han podido obtener la reagrupación de sus progenitores. O porque, estando inscritos como pareja de hecho, han visto cómo su pareja ha tenido que permanecer en la irregularidad. O porque sus hijos no han podido trabajar por tener más de 21 años.

La sentencia también es un aviso para el Gobierno. Ahora que está en redacción el nuevo Reglamento de la LODYLE esperemos que sean conscientes de la existencia de una serie de principios y derechos irrenunciables. De lo contrario, cuando el texto entre en vigor volverán a tenernos ante los tribunales impugnando aquellos preceptos que consideremos que son contrarios al ordenamiento jurídico.

III. ESTATUTO DE REFUGIADO *VERSUS* «GRAVE DELITO COMÚN» O «ACTOS CONTRARIOS A LAS FINALIDADES Y A LOS PRINCIPIOS DE LAS NACIONES UNIDAS». REFLEXIONES A LA LUZ DE LA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2010 (ASUNTOS ACUMULADOS C-57/09 Y C-101/09)

PABLO SARDINA CÁMARA

*Letrado sustituto del Abogado del Estado en los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo
Audiencia Nacional*

RESUMEN

Estatuto de Refugiado *versus* «grave delito común» o «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas». Reflexiones a la luz de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2010 (asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09)

La pertenencia a una organización terrorista por parte del solicitante de asilo no constituye automáticamente un motivo fundado de exclusión del estatuto del refugiado, exigiendo el Tribunal de Justicia la apreciación individual de los hechos concretos cometidos, para que pueda imputarse responsabilidad individual por los mismos. Sin que dicha exclusión presuponga un peligro actual para el Estado miembro, ni se exija a éste un examen de proporcionalidad en el caso concreto. Asimismo, podrá reconocerse el derecho de asilo a una persona excluida del estatuto del refugiado, siempre que ello no suponga riesgo de confusión con dicha figura.

Palabras clave: Asilo, estatuto, refugiado, delito, terrorismo.

ABSTRACT

Refugee's statute *versus* "serious political crime" or "acts contrary to the purposes and to the principles of the United Nations". considerations in light of the recent Sentence of the Court of Justice of november 9th, 2010 (Cumulative Matters C-57/09 AND C-101/09)

The membership to a terrorist organization by an asylum seeker doesn't automatically constitute a founded reason of exclusion of the refugee's statute, the Court of Justice demands the individual evaluation of the concrete committed facts, so that individual responsibility can be attributed for those facts. Such an exclusion does not imply a real danger for the State member, nor it is demanded an exam of proportionality in the specific case. Also, the right of asylum can be acknowledged to a person excluded from the refugee's statute, as long as it does not imply confusion with this figure.

Key words: Asylum, statute, refugee, crime, terrorism.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. NORMATIVA APLICABLE.

III. DOCTRINA DEL TJUE.

1. La pertenencia a una organización terrorista no constituye automáticamente un motivo fundado de exclusión del estatuto del refugiado, siendo precisa la apreciación

individual de los hechos concretos cometidos con el fin de que pueda imputarse una responsabilidad individual por éstos.

2. La exclusión no presupone un peligro actual para el Estado miembro de acogida.
3. No se exige un examen de proporcionalidad en el caso concreto.
4. Los Estados miembros pueden reconocer el derecho de asilo a una persona excluida del estatuto de refugiado, siempre que ello no suponga riesgo de confusión con éste.

IV. ANÁLISIS DEL FALLO.

1. Ponderación de intereses contrapuestos.
 2. Posición del ACNUR.
 3. Posición del Abogado General.
 4. Resumen del fallo.
 5. Especial referencia a nuestra legislación nacional en materia de asilo.
 6. Conclusiones.
-

I. INTRODUCCIÓN

A propósito de las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesverwaltungsgericht alemán al Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-57/09 y C-101-09, sobre la interpretación, en primer lugar, del artículo 12, apartado 2, letras b) y c), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, y en segundo lugar del artículo 3 de esta misma Directiva. El objeto de nuestro estudio se centra en la incidencia que el mencionado pronunciamiento puede tener en el ámbito de nuestra legislación nacional en materia de asilo, recientemente aprobada por **Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, desde una perspectiva eminentemente práctica**, y que por otro lado, habría sido objeto de un vivo debate con carácter previo al planteamiento de dichas cuestiones.

II. NORMATIVA APLICABLE

La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, completada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, constituye la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de las personas refugiadas, tal y como expresamente se recoge en la exposición de motivos de la propia Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, antes aludida. De este modo, su artículo 2.c) define el concepto de refugiado establecido en la propia Convención de Ginebra, artícu-

III. ESTATUTO DE REFUGIADO *VERSUS* «GRAVE DELITO COMÚN»

lo 1.A⁽¹⁾, como aquel nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él, y al que no se aplica el artículo 12. Es decir, cuando existan motivos fundados para considerar que han cometido un grave delito común fuera del país de refugio antes de ser admitidos como refugiados, o se hayan hecho culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas establecidos en su Carta.

Asimismo, el artículo 3 prevé que los Estados Miembros puedan introducir o mantener normas más favorables para determinar quién reúne los requisitos para ser reconocido como refugiado o persona con derecho a protección subsidiaria, y para determinar el contenido de la protección internacional, siempre que tales normas sean compatibles con la presente Directiva.

Finalmente, en lo que a nuestro derecho interno se refiere, la Ley 12/2009, **de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, establece en su artículo 8.2 que** «También quedarán excluidas las personas extranjeras sobre las que existan motivos fundados para considerar que:

- b) han cometido fuera del país de refugio antes de ser admitidas como refugiadas, es decir, antes de la expedición de una autorización de residencia basada en el reconocimiento de la condición de refugiado, un delito grave, entendiéndose por tal los que lo sean conforme al Código Penal español y que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el apartado cuarto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los delitos enumerados;

(1) A los efectos de la presente Convención, el término *refugiado* se aplicará a toda persona:

1. Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la constitución de la Organización Internacional de Refugiados; las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.
2. Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad se entenderá que la expresión *del país de su nacionalidad* se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean, y no se considerará carente de protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

- c) son culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas establecidos en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas».

Ampliando, de este modo, la norma vigente, las causas de exclusión establecidas en la derogada Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, que únicamente hacía referencia remisión a aquellas personas que se encontraban comprendidas en los artículos 1.F⁽²⁾ y 33.2⁽³⁾ de la Convención de Ginebra, y que recoge la Ley 12/2009 de manera pormenorizada en el artículo reproducido más arriba, además del 9.b), relativo a las causas de denegación, señalando al respecto que, en todo caso, el derecho de asilo se denegará a las personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad. Si bien, cabe señalar que en la ley anterior estos supuestos se encontraban comprendidos dentro de las causas de inadmisión a trámite del artículo 5.6, concretamente referida a la causa a), a diferencia de lo que ocurre en la nueva que no habría visto la necesidad de reiteración excluyendo a los solicitantes incurso en tal circunstancia con carácter previo.

III. DOCTRINA DEL TJUE

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de la Unión Europea, de 9 de noviembre de 2010, interpreta el artículo 12, apartado 2, letras b) y c), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, en el sentido de que:

1. La pertenencia a una organización terrorista no constituye automáticamente un motivo fundado de exclusión del estatuto del refugiado, siendo precisa la apreciación individual de los hechos concretos cometidos con el fin de que pueda imputarse una responsabilidad individual por éstos

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, sobre si nos encontramos en presencia de un «grave delito común» o de «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas» en el sentido del artículo 12, apartado 2, letras b) y c) respectivamente, de la Directiva objeto de interpretación, cuando la persona de que se trate haya pertenecido a una organización incluida en la lista que figura en el anexo a la Posición común 2001/931/PESC, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, todo ello como consecuencia de su implicación en actos de terrorismo, habiendo

(2) Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

- Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
- Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

(3) Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

III. ESTATUTO DE REFUGIADO *VERSUS* «GRAVE DELITO COMÚN»

apoyado activamente la lucha armada emprendida por esta organización, ocupando en ella una posición preeminente.

Señala el Tribunal de Justicia que, aun cuando los actos cometidos por una organización incluida en la citada lista puedan estar comprendidos en las cláusulas de exclusión contenidas en las letras b) y c), ap. 2, del artículo 12 de la Directiva, el mero hecho de que la persona haya pertenecido a esa organización no puede llevar aparejada su exclusión automática del estatuto del refugiado en virtud de las citadas disposiciones, al haberse adoptado dicha lista al margen de lo establecido en la propia Directiva respetando la Convención de Ginebra.

A pesar de que su inclusión permita determinar el carácter terrorista de la organización a la que hubiera pertenecido el solicitante de asilo, elemento que debe tener en cuenta la autoridad nacional competente.

Asimismo, en contra de lo alegado por la Comisión Europea, las cláusulas de exclusión antedichas tampoco pueden aplicarse forzosa y automáticamente a la participación en las actividades de un grupo terrorista en el sentido del artículo 2, ap. 2, letra b), de la Decisión marco 2002/475 JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, que estableció la obligación de tipificar como delitos la participación en dichas actividades, toda vez tanto esta Decisión marco como la Posición común antes citada, fueron adoptadas en un contexto esencialmente humanitario distinto al de la Directiva en cuestión, exigiendo un examen completo de todas las circunstancias específicas de cada caso concreto.

Considerando al respecto el mismo Tribunal que, la exclusión del estatuto de refugiado de una persona que haya pertenecido a una organización que emplee métodos terroristas está subordinada a un examen individual de hechos concretos que permita apreciar si hay motivos fundados para pensar que en el marco de sus actividades en el seno de dicha organización, cometió un grave delito común o fue culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas, incitó a la comisión de estos delitos o actos, o participó en ella de cualquier otro modo, en el sentido del artículo 12, ap. 3, de la Directiva en cuestión. Habida cuenta del nivel de prueba exigido, para poder aplicar las cláusulas de exclusión del artículo 12, ap. 2, es necesario poder imputar a la persona una parte de la responsabilidad de los actos cometidos por la organización durante el período en el que era miembro de ésta a la luz de criterios objetivos y subjetivos.

Debiendo examinar concretamente la autoridad competente, en palabras de la propia sentencia, el papel que desempeñó efectivamente la persona interesada en la perpetración de los actos en cuestión, su posición en el seno de la organización, el grado de conocimiento que tenía o se suponía que tenía en las de las actividades de ésta, las posibles presiones a las que pudo verse sometida u otros factores que pudieron influir en su comportamiento.

Dando respuesta, de este modo, a la primera cuestión planteada en los asuntos referenciados, debiendo interpretarse en el sentido de que:

«El hecho de que una persona haya pertenecido a una organización incluida en la lista que figura en el anexo a la Posición común 2001/931 como consecuencia de su implicación en actos de terrorismo y de que haya apoyado activamente la lucha armada emprendida por esta organización no constituye automáticamente un motivo fundado para pensar que esa

persona ha cometido un “grave delito común” o “actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.

En ese contexto, para concluir que hay motivos para pensar que una persona ha cometido un crimen de ese tipo o se ha hecho culpable de tales actos es preciso, habida cuenta del nivel de prueba exigido por el mencionado artículo 12 apartado 2, llevar a cabo una apreciación caso por caso de los hechos concretos con el fin de determinar si los actos cometidos por la organización de que se trata reúnen los requisitos establecidos en las citadas disposiciones y si puede imputarse a la persona de que se trata una responsabilidad individual por la comisión de estos actos».

2. La exclusión no presupone un peligro actual para el Estado miembro de acogida

Respecto a la segunda cuestión planteada, concerniente a si la exclusión del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 12, ap. 2, letras b) o c) de la Directiva, presupone que la persona sigue representando un peligro para el Estado miembro de acogida, considera el Tribunal, en consonancia con los Gobiernos que han presentado observaciones y la Comisión, que el objetivo de ambas cláusulas de exclusión es sancionar actos cometidos en el pasado. Al ser instituidas dichas cláusulas con el fin de excluir del estatuto de refugiado a las personas consideradas indignas de protección y de evitar que su concesión permitiera a los autores de determinados delitos graves eludir la responsabilidad penal, no siendo acorde con este doble objetivo subordinar la exclusión a la existencia de un peligro actual para el Estado miembro de acogida.

Respondiendo de este modo a la referida cuestión en el sentido de que «la Directiva no presupone que la persona interesada represente un peligro actual para el Estado miembro de acogida».

3. No se exige un examen de proporcionalidad en el caso concreto

En relación con la tercera cuestión, referente a si la exclusión del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 12, ap. 2, letras b) o c) de la Directiva exige que se realice un examen de proporcionalidad en el caso concreto, tal como señaló el Tribunal al abordar la primera de las cuestiones planteadas, su artículo 2, letra c), subordina expresamente la calidad de refugiado a que el interesado no esté comprendido en la aplicación del 12. De este modo, como alegaron los Gobiernos francés, neerlandés y del Reino Unido, cuando la autoridad competente haya tenido en cuenta todas las circunstancias que caracterizan dichos actos y la situación de esa persona al apreciar su gravedad, si llega a la conclusión de que procede aplicar el artículo 12, ap. 2, «no puede verse obligada a realizar un examen de proporcionalidad que implique apreciar de nuevo la gravedad de los hechos cometidos».

4. Los Estados miembros pueden reconocer el derecho de asilo a una persona excluida del estatuto de refugiado, siempre que ello no suponga riesgo de confusión con éste

Finalmente, con respecto a la cuarta cuestión planteada relativa a si es compatible con la Directiva, en el sentido de su artículo 3, que un Estado miembro reconozca el derecho de

III. ESTATUTO DE REFUGIADO *VERSUS* «GRAVE DELITO COMÚN»

asilo en virtud de su Derecho constitucional a una persona excluida del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 12.2 de la Directiva. Aun permitiendo este último precepto introducir o mantener normas más favorables para determinar concretamente qué personas reúnen los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado, como acertadamente puso de manifiesto el Tribunal, habida cuenta de la finalidad de las cláusulas de exclusión de la Directiva de preservar la credibilidad del sistema de protección por ella prevista dentro del respeto de la Convención de Ginebra, la reserva contenida en dicho artículo se opone a que un Estado miembro adopte o mantenga disposiciones que concedan el estatuto de refugiado previsto por la Directiva a una persona excluida en virtud de su artículo 12, ap. 2.

No obstante, como señaló la Comisión, esa otra clase de protección a la que hace referencia el artículo 2, letra g) *in fine* de la Directiva y que los Estados miembros tienen la facultad de conceder, no debe confundirse con el estatuto del refugiado propiamente dicho. Por lo que, mientras permitan distinguir claramente ambos, las normas nacionales que conceden el derecho de asilo a personas excluidas del estatuto en el sentido de la Directiva no infringirían esta última.

Respondiendo, por último a la última cuestión planteada en el sentido de que «los Estados miembros pueden reconocer el derecho de asilo a una persona excluida del estatuto del refugiado con arreglo al artículo 12, apartado 2, de dicha Directiva siempre que ello no suponga un riesgo de confusión entre esa otra clase de protección y el estatuto de refugiado en el sentido de la Directiva».

IV. ANÁLISIS DEL FALLO

1. Ponderación de intereses contrapuestos

El artículo 12.2 de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, establece como cláusulas de exclusión de la condición de refugiado contempladas en las letras b) y c), haber cometido un grave delito común fuera del país de refugio antes de ser admitidos como refugiados, así como haberse hecho culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas, respectivamente.

La razón que subyace al hilo de las cuestiones planteadas ante el Tribunal de Justicia, en este caso concreto por parte de Alemania, no sería otra que llegar a alcanzar el equilibrio, entre la protección de los Estados frente al terrorismo (plasmado tanto en la Posición común 2001/931/PESC adoptada el 27 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo como en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo), y el compromiso adquirido por los Estados miembros de la Unión Europea a través de los instrumentos de protección internacional ratificados por ellos mismos, en especial la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, como garantes de los derechos fundamentales de los refugiados, llamando a la aplicación plena de los anteriores.

De este modo, la mencionada Directiva pretende asumir plenamente los postulados recogidos en vía convencional por los distintos Estados, asegurando que se apliquen criterios uniformes para la determinación de la condición de refugiados, así como un nivel mínimo de derechos en todos ellos. Sin que lo anteriormente expuesto sea impedimento para que las leyes nacionales puedan establecer disposiciones más favorables, siempre que sean conformes con la Directiva de referencia.

Sin embargo, se plantea la problemática relativa a la determinación de los supuestos en los que pudiéramos estar o no ante «grave delito común» o «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas», como consecuencia de la indefinición patente en la Directiva cuestionada.

En relación con el primero de ellos, no cabe duda de que se exige cierto nivel de «gravedad», además de la consideración «común» de los delitos cometidos, si bien precisa el artículo 12, ap. 2 b) de la Directiva, que los actos especialmente crueles, incluso si su comisión persigue un supuesto objetivo político, podrán catalogarse como tal. Respecto al segundo, se remite el ap. 2.c) de la misma al Preámbulo y a los artículos 1 y 2 de la Carta de Naciones Unidas. Quedando de manifiesto, por consiguiente, el carácter genérico de los términos empleados en la redacción de la propia Directiva.

Al hilo de lo anteriormente expuesto, una de las cuestiones más complejas a las que se enfrentan las autoridades nacionales se centraría en el tratamiento que habría que dar a aquellos solicitantes de asilo involucrados en actos de terrorismo cometidos en el pasado, así como la manera de poder conjugar la protección que, en su caso, podría darse a dicha persona ateniéndose al principio de *non refoulement*, siempre y cuando existan fundados temores de persecución y no represente un peligro actual para el Estado de acogida. Ocupando dicho principio un lugar preponderante en la *praxis* de la mayoría de los Estados miembros, como norma de Derecho internacional que, asimismo, obliga a los estados a acoger en el propio territorio a las personas que sufran persecución en los términos fijados en la Convención de Ginebra. En consonancia, con la interpretación jurisprudencial realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito del artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes aprobada el 10 de diciembre de 1984 ⁽⁴⁾.

2. Posición del ACNUR

Una aplicación restrictiva de las cláusulas de exclusión contenidas en la Directiva comentada, podría resultar difícilmente conciliable con los postulados de la Convención de Ginebra de 1951, tal como sugiere el ACNUR en relación con el asunto que nos ocupa, al recomendar que se consideren actos terroristas los actos criminales desproporcionados en relación con los objetivos políticos invocados, que utilizan una violencia indiscriminada y

(4) 1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

se dirigen contra civiles o personas que no tienen ningún vínculo con los fines perseguidos. En consecuencia, una vez valorada la totalidad de las circunstancias relevantes del caso concreto, se tenderá a calificar dichos actos de delitos comunes.

3. Posición del Abogado General

En consonancia con la postura manifestada por el ACNUR, el Abogado General, en síntesis, excluye que «el mero hecho de que el solicitante de asilo figure en las listas de personas implicadas en actos de terrorismo elaboradas en el contexto de medidas de lucha contra el terrorismo adoptadas por la Unión Europea pueda por sí mismo revestir carácter decisivo, o incluso sólo presuntivo, en favor de la aplicación de una o de ambas cláusulas de exclusión mencionadas en el artículo 12, apartado 2, letras b) y c), de la Directiva».

4. Resumen del fallo

Finalmente, el Tribunal de Justicia pone fin a la controversia suscitada en torno a la interpretación del artículo 12, ap. 2.b) y c) por parte de los Estados miembros, en el sentido de que:

- La pertenencia a una organización incluida en el anexo a la Posición común 2001/931/PESC no constituye automáticamente un motivo fundado para considerar que haya cometido un «grave delito común» o «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas», matizando que deberá llevarse a cabo una apreciación caso por caso de los hechos concretos con el fin de determinar si los hechos cometidos por la organización reúnen los requisitos en las disposiciones y si puede imputarse a la persona una responsabilidad individual por la comisión de éstos.
- Sin que la exclusión del estatuto de refugiado presuponga que la persona interesada represente un peligro actual para el estado miembro de acogida.
- Asimismo, señala que la aludida exclusión no exige que se realice un examen de proporcionalidad en el caso concreto.
- Por último, interpreta el artículo 3 en el sentido de que los Estados miembros pueden reconocer el derecho de asilo en virtud de su derecho nacional a una persona excluida del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 12, ap. 2, de dicha Directiva siempre que no suponga un riesgo de confusión entre esa otra clase de protección y el estatuto de refugiado en el sentido de la Directiva.

5. Especial referencia a nuestra legislación nacional en materia de asilo

Una vez analizado el significado dado a las cláusulas de exclusión objeto de nuestro estudio, por parte del Tribunal de Justicia, procede examinar la incidencia que dicho pronunciamiento puede tener en la aplicación práctica de nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en materia de asilo, así como en los distintos pronunciamientos judiciales que puedan producirse en el futuro.

En primer lugar, no cabe duda de que la recientemente aprobada Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, pretende servir

de instrumento jurídico para la adaptación de la ley nacional a la normativa comunitaria. Como ya se apuntó al inicio de nuestro estudio, en nuestra normativa interna el artículo 8.2 de la citada Ley desarrolla el concepto de delito grave, entendiéndolo como tal aquellos que lo sean conforme al Código Penal español y que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, además de los casos de la delincuencia organizada, debiendo incluirse en dicho término la recogida en el apartado cuarto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo que, en modo alguno, entraría en contradicción con la Directiva Comunitaria comentada que establece un cierto margen de discrecionalidad en lo que a la calificación de una conducta como delito grave se refiere, requiriendo además de la aplicación de criterios internacionales la consideración de los nacionales aplicados en nuestro ordenamiento jurídico y, eventualmente, principios comunes a las legislaciones de los Estados miembros o derivados del Derecho de la Unión Europea, como acertadamente declaró el Abogado General en sus conclusiones, a partir de la doctrina y de la praxis de los Estados.

En síntesis, corresponde a las autoridades estatales, y en su caso a sus Juzgados y Tribunales nacionales competentes por razón de la materia, el examen de las solicitudes de asilo presentadas en el territorio de los Estados miembros tomando en consideración la interpretación que de la Directiva realice el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A este respecto, resulta llano a nuestro entender, de acuerdo con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la obligación de cualquier Juez de la Unión Europea de interpretar el artículo 12, ap. 2.b) y c), de acuerdo con la doctrina emanada del citado Tribunal.

Así las cosas, entendemos que las reacciones no se harán esperar, a la vista de la exigua jurisprudencia generada sobre este particular tema por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por todas, la sentencia de 24 de febrero de 2010, que se puede resumir en lo siguiente: «Sobre la concurrencia de la causa A/ del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, hemos de recordar lo que indicábamos en sentencia de fecha 29.12.2009, recurso de apelación n.º 500/2009, en el sentido de que “la mencionada integración en banda armada imputada por la Administración constituye un grave delito común (...) La mencionada gravedad se deduce del bien jurídico afectado por la actuación de las FARC a la que perteneció el actor —la seguridad colectiva de Colombia y el libre ejercicio de los derechos fundamentales en aquella nación— como igualmente de la trascendencia que tiene la misma en Colombia. Que el actor realizase meras tareas de colaboración y no de ejecución de actos contra la vida de las personas no tiene la trascendencia que le da el recurrente, pues en este segundo caso, tal actuación encajaría más propiamente en los apartados a/ y c/ de dicho artículo 1F. Esta Sala ya se ha manifestado en el sentido de considerar que las actuaciones de colaboración en banda terrorista por parte de miembros de las FARC encajaría propiamente en el artículo 1F, apartado b/ (así SAN de 29 de abril de 2009, recurso de apelación 138/2009, y 22 de abril de 2009, recurso de apelación 28/2009». De la misma forma, en los términos expuestos en la citada sentencia la conducta expresada incurriría en la cláusula de exclusión del artículo 1.F de la Convención de Ginebra a la que hace referencia el artículo 5.6.a) de la ya derogada Ley 5/1984.

No obstante, debemos señalar que las resoluciones judiciales reseñadas habrían sido adoptadas sobre la base de la ley vigente antes de la entrada en vigor de la nueva Ley

III. ESTATUTO DE REFUGIADO *VERSUS* «GRAVE DELITO COMÚN»

12/2009, que adaptó la normativa española a las exigencias comunitarias. A pesar de lo cual, resultaría necesario un cambio de criterio jurisprudencial, a la luz del pronunciamiento del Tribunal de Justicia comunitario que en contra de lo que *a priori* se pudiera llegar a pensar, en modo alguno, interferiría en la regulación nacional de nuestro derecho de asilo, más al contrario completaría el mismo estableciendo unas pautas en orden a la determinación de la condición de refugiado de aquellos solicitantes de asilo que se encuentren incurso en las circunstancias de persecución expuestas, por el solo hecho de pertenecer a una organización terrorista incluida en la lista que figura en la Posición común de 2003.

Por otro lado, partiendo de la base de que la exclusión del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 12, ap. 2.b) y c) de la Directiva no presupone que la persona interesada represente un peligro actual para el Estado miembro de acogida, no podemos pasar por alto lo declarado por el Tribunal en relación con el examen de proporcionalidad en el caso concreto cuando el solicitante haya sido excluido del estatuto, al no exigir su realización. Todo ello, con fundamento en el hecho de que la autoridad nacional competente ya habría tenido en cuenta la situación de aquél al apreciar la gravedad de los hechos cometidos y su responsabilidad individual, sin que pueda verse obligado a estimar nuevamente el nivel de la anterior. De este modo, la idea prevalente que subyace en la decisión prejudicial resuelta por el mismo Tribunal no sería otra que el derecho de protección de las personas, en virtud del principio de expulsión y devolución (*refoulement*) proclamado en el artículo 33 de la Convención de Ginebra, del cual se hace eco el artículo 5 de nuestra actual Ley de Asilo.

En cuanto a la autorización de estancia o residencia por razones humanitarias contenida en nuestro ordenamiento jurídico, más concretamente en la modificada Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como en su propio Reglamento de aplicación, otorgándose protección a otro tipo de razones, de carácter humanitario, que pudieran converger en el solicitante de asilo, en caso de resolución denegatoria del derecho de protección internacional. Si bien consideramos que la mencionada protección no estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva interpretada, sin embargo, sería perfectamente compatible con ésta en tanto en cuanto permitiera diferenciar ambos tipos de protección, como así se ha puesto de manifiesto por el Tribunal al establecer como condición que ello no suponga un riesgo de confusión con el estatuto de refugiado en el sentido de la Directiva.

A este respecto, se cumplirían en lo que a nuestro derecho interno se refiere los requisitos impuestos en la sentencia objeto de estudio, al quedar patente una distinción entre ambas figuras jurídicas, siendo los beneficios otorgados mucho más limitados en uno que en otro, como no podía ser de otra forma, conforme a las disposiciones contenidas en los artículos 30 y 31 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, en vigor en tanto no contradiga la Ley 12/2009.

6. Conclusiones

En síntesis, a la luz de la interpretación que sobre el artículo 12, ap. 2.b) y c) habría realizado el Tribunal de Justicia es evidente la preeminencia que *de facto* se ha querido dar a la protección dispensada a las personas necesitadas de protección internacional, en de-

trimento, en algunos casos, de la propia seguridad de los Estados miembros como consecuencia del peligro actual que la acogida de los peticionarios pueda suponer para éstos, cuando entran en juego actos cometidos por organizaciones terroristas. Como asimismo ha sido puesto de manifiesto por el mencionado Tribunal al señalar que los instrumentos de derecho comunitario adoptados en el seno de la Unión Europea fueron realizados en un contexto distinto al de la Directiva comentada, la cual fue adoptada en un plano esencialmente humanitario.

Imponiendo, en todo caso, el examen individual de los actos cometidos por el solicitante en cuestión dentro de las actividades de la organización a la que perteneció, para poder imputarle la correspondiente responsabilidad individual de su comisión, con la consiguiente exclusión del estatuto de refugiado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12, ap. 2.b) y c) de la Directiva. Debiendo, no obstante, ponderarse la gravedad de los hechos que permitiría la exclusión del estatuto respecto de sus consecuencias, cuando el solicitante tenga fundados temores de sufrir persecución en los términos expuestos en la Directiva de referencia. Si bien, como es evidente, no tendrá lugar ponderación alguna cuando estemos ante delitos de especial gravedad, en los términos ya expuestos, todo ello como mecanismo jurídico de autodefensa del que deberían hacer uso los Estados en contra de las personas indignas de protección internacional.

No presuponiendo en modo alguno que en caso afirmativo ello presuponga que dicha persona represente inequívocamente un peligro actual para el estado miembro de acogida. Y sin que ello implique que la autoridad competente tenga que estar obligada a realizar de nuevo un examen de proporcionalidad determinando, por ende, que la persona pueda ser expulsada a su país de origen.

Finalmente, como declara el Tribunal, el artículo 3 de la Directiva no se opone a que los Estados miembros puedan dispensar discrecionalmente por razones humanitarias protección a personas excluidas del estatuto siempre que la anterior no pueda llegar a confundirse con el mismo estatuto concedido en el marco de la propia Directiva. Lo que, sin lugar a dudas, llevaría consigo una convalidación tácita de la controvertida protección por razones humanitarias en nuestra legislación, a la luz del régimen de protección subsidiaria introducido en la reciente Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

FUENTES INTERNAS

- Ley Orgánica 9/2010, de 22 de diciembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Protocolo sobre las disposiciones transitorias, anejo al Tratado de la Unión Europea, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado en Bruselas el 23 de junio de 2010 (*BOE* del 23).
- Orden TIN/3364/2010, de 28 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2011 (*BOE* del 30).
- Resolución de 10 de enero de 2011, de la Dirección General de la Ciudadanía Española en el Exterior, por la que se prorroga el derecho a asistencia sanitaria para todos aquellos beneficiarios de prestación económica por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior que acreditasen esta condición a 31 de diciembre de 2010 (*BOE* del 27).
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (*BOE* del 30).

FUENTES INTERNACIONALES

- Entrada en vigor del Canje de Notas de fechas 24 de marzo y 16 de abril de 2010, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República Tunecina relativo a la supresión recíproca de visados en pasaportes de servicio y especiales, cuya aplicación provisional fue publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 134, de fecha 2 de junio de 2010.
- Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Aplicación provisional (*BOE* de 8 de enero de 2011).
- Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador, hecho en Madrid el 4 de diciembre de 2009 (*BOE* de 7 de febrero de 2011).
- Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre el Gobierno de España y el Gobierno de Japón, hecho en Tokio el 1 de septiembre de 2010 (*BOE* de 11 de febrero de 2011).
- Instrumento de Ratificación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzosas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006 (*BOE* de 18 de febrero de 2011).
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Turquía sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, hecho «ad referendum» en Estambul el 5 de abril de 2009 (*BOE* de 26 de marzo de 2011).

- Instrumento de Ratificación del Convenio sobre las Funciones Consulares, hecho en París el 11 de diciembre de 1967 (*BOE* de 8 de abril de 2011).

FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Decisión de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 25 de febrero de 2010, por la que se fija la sede de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (*DOUE* L 324, de 9 de diciembre).
- Reglamento (UE) núm. 1091/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo, por el que se establecen 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 (*DOUE* L 329, de 14 de diciembre).
- Reglamento (UE) núm. 1211/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, que modifica el Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo, por el que se establecen 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.
- Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (*DOUE* L 343, del 29).
- Acuerdo entre la República Portuguesa y el Reino de España sobre el acceso a información en materia de Registro Civil y mercantil, hecho «ad referendum» en Zamora el 22 de enero de 2009 (*BOE* de 25 de febrero de 2011).
- Decisión del Consejo, de 18 de enero de 2011, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre facilitación de la expedición de visados (*DOUE* L 52, de 25 de febrero).
- Decisión del Consejo, de 18 de enero de 2011, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la readmisión de residentes en situación ilegal (*DOUE* L 52, de 25 de febrero).
- Reglamento (UE) núm. 213/2011 de la Comisión, de 3 de marzo de 2011, por el que se modifican los anexos II y V de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (*DOUE* L 59, de 4 de marzo).
- Decisión del Consejo, de 24 de febrero de 2011, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa de Brasil sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes diplomáticos, de servicio u oficiales (*DOUE* L 66, de 12 de marzo de 2011).
- Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (*DOUE* L 88, de 4 de abril de 2011).

- Decisión del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la celebración del Acuerdo de Cooperación Científica y Tecnológica entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Japón (*DOUE L 90*, de 6 de abril de 2011).
- Decisión del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la celebración del Acuerdo de cooperación científica y técnica entre la Unión Europea y el Gobierno de las Islas Feroe, por el que se asocia a las Islas Feroe el Séptimo Programa Marco de Investigación, Desarrollo Tecnológico y demostración de la Unión Europea (2007-2013) (*DOUE L 93*, de 7 de abril de 2011).
- Decisión del Consejo, de 31 de marzo de 2011, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia (*DOUE L 93*, de 7 de abril de 2011).

EUROPA EN BREVE



INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS^(*)

(Selección)

LA INICIATIVA CIUDADANA EUROPEA PODRÍA ESTAR LISTA EN MENOS DE UN AÑO

El Comité de Asuntos Constitucionales de la Comisión Europea, representantes de la Comisión Europea y del Consejo acaban de dar el visto bueno al Proyecto de informe sobre la iniciativa ciudadana europea, y en menos de un año podría llegar a la Comisión Europea la primera iniciativa ciudadana. Introducida por el Tratado de Lisboa, la iniciativa ciudadana pondrá en manos de los ciudadanos comunitarios la posibilidad de pedir que la UE legisle sobre un tema concreto. Entre las principales propuestas contenidas en el informe destaca la revisión de las firmas recogidas en una fase temprana del proceso. También se propone fijar el plazo para la recogida de firmas en 12 meses, y que se reduzca el número mínimo de Estados miembros que deben estar representados en cada iniciativa. Así, el PE propone que las firmas procedan de al menos seis países diferentes, en lugar de que representen a la cuarta parte de los Estados de la UE. La Eurocámara también es partidaria de que no sea necesario presentar un carnet de identidad para adherirse a una iniciativa ciudadana. El objetivo de fondo de la propuesta aprobada por la comisión parlamentaria es simplificar el futuro proceso de presentación de iniciativas ciudadanas con el fin de que resulte lo más sencillo posible de utilizar para los ciudadanos.

(6 de diciembre de 2010)

(*) 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*.

SEGURIDAD JURÍDICA PARA LAS PAREJAS EN LOS CASOS DE DIVORCIO TRANSFRONTERIZO

Los Estados miembros de la UE han aprobado normas que aportarán seguridad jurídica a las parejas internacionales que deseen divorciarse. Esta nueva normativa permitirá elegir el Derecho nacional aplicable en caso de divorcio entre cónyuges de nacionalidades distintas, que viven en países diferentes o que viven juntos en un país distinto de su país de origen. Trata de limitar la búsqueda de las jurisdicciones más ventajosas («forum shopping») y de proteger a los cónyuges más vulnerables en caso de litigio. Es la primera vez en la historia que los Estados miembros de la Unión recurren al mecanismo de «cooperación reforzada», que permite a un grupo de al menos nueve Estados miembros hacer avanzar una medida que sea importante a pesar de que esté bloqueada según las reglas de voto normales. El acuerdo político alcanzado hoy se produce apenas ocho meses después de que la Comisión presentara una propuesta en respuesta a la solicitud que le dirigieron en este sentido nueve Estados miembros. Una vez adoptada, la normativa se aplicará en un primer momento en 14 Estados miembros de la UE. El resto de Estados miembros podrán asociarse en el futuro.

(6 de diciembre de 2010)

DERECHO A LA INFORMACIÓN DE LOS SOSPECHOSOS EN PROCESOS PENALES

Los Estados miembros de la UE han respaldado un proyecto de normativa que garantiza el derecho a la información de los imputados en los procesos penales, apenas cuatro meses después de que la Comisión presentara la propuesta. Los sospechosos de delitos deberán ser informados de sus derechos en una lengua que entiendan. La medida garantizará que los países de la UE suministran a toda persona detenida o que sea objeto de una orden de detención europea una Declaración de Derechos en la que se enumeren los derechos básicos durante los procesos penales. La Comisión ha enviado un modelo de Declaración a los Estados miembros que se traducirá a 22 idiomas de la UE. El Parlamento Europeo deberá ahora votar la medida. Además del derecho a la traducción e interpretación, el derecho a la información en los procesos penales es parte de una serie de garantías procesales cuyo objetivo es reforzar la confianza en el espacio único de justicia de la UE.

(6 de diciembre de 2010)

PRIMACÍA A LA CIUDADANÍA EN LAS POLÍTICAS DE JUSTICIA Y ASUNTOS SOCIALES

La Vicepresidenta de la Comisión Europea, Viviane Reding, Comisaria de la UE responsable de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, ha hecho un llamamiento a los Estados miembros para que den primacía a los ciudadanos en las políticas de Justicia y Asuntos Sociales. Por primera vez, la Vicepresidenta Reding ha presentado el Informe sobre la Ciudadanía de la UE a los Ministros de Justicia. El informe estará también en el orden del día de la reunión de Ministros de Asuntos Sociales que se celebrará esta semana. Como Presidente de la Comisión, José Manuel Barroso declaró en sus directrices políticas

de septiembre de 2009 que la UE desea «una Europa que dé primacía a los ciudadanos». Esta visión se refleja en el Tratado de Lisboa, en el que los ciudadanos constituyen el objetivo principal de las políticas de la UE. La UE está tomando medidas concretas para que a 12 millones de sus ciudadanos les resulte más fácil vivir fuera de sus países de origen. La Comisión, que adoptó el Informe sobre la ciudadanía el pasado 27 de octubre, propuso medidas para hacerle a la gente la vida más fácil cuando ejerzan sus derechos de ciudadanos de la UE a la hora de contraer matrimonio, comprar una casa o matricular un automóvil en otro país de la UE. Estas iniciativas se describen en un lenguaje comprensible para el ciudadano en 10 fichas de reciente publicación.

(6 de diciembre de 2010)

LA UE INTERVIENE CONTRA LOS CONDUCTORES QUE COMETEN INFRACCIONES EN EL EXTRANJERO

Los Ministros de Transportes de la UE, reunidos la pasada semana en Bruselas, han alcanzado un acuerdo por el que se castigará a los conductores por las infracciones que cometan en el extranjero, incluidas las cuatro mayores que provocan el 75% de los accidentes de carretera mortales (exceso de velocidad, saltarse semáforos en rojo, no llevar abrochados los cinturones de seguridad y conducir en estado de embriaguez). Siim Kallas, Vicepresidente de la Comisión Europea responsable de Transportes, ha declarado: «Es tres veces más probable que un conductor extranjero cometa una infracción a que lo haga un conductor residente. Muchos creen que las normas de tráfico dejan de aplicárseles cuando viajan al extranjero. Mi mensaje es que sí se aplican y que ahora vamos a hacerlo». Las cifras de la UE sugieren que los conductores extranjeros representan el 5% del tráfico, pero que cometen un 15% de las infracciones por exceso de velocidad. La mayoría queda sin sancionar, porque los países no son capaces de perseguir a los conductores una vez que vuelven a casa.

(6 de diciembre de 2010)

CONCLUSIONES DE LAS AGENDAS SOBRE INFANCIA, JUVENTUD Y DERECHOS DE LA INFANCIA

El Consejo de la UE ha presentado las conclusiones relativas a las Agendas europeas e internacionales sobre la Infancia, la Juventud y los Derechos de la Infancia. En primer lugar ha tomado nota de la información facilitada por la Presidencia belga sobre los Programas de actuación europeos e internacionales sobre la infancia, la juventud y los derechos de la infancia, así como de las medidas adoptadas en el ámbito de la juventud con objeto de fomentar el derecho de los niños y de los jóvenes a participar en la toma de decisiones que afectan a sus vidas. Igualmente, ha subrayado la crucial importancia del trabajo emprendido en el ámbito de la infancia, la juventud y los derechos de la infancia, acogiendo con satisfacción el propósito de la Comisión Europea de adoptar una nueva Comunicación en este ámbito, que dé lugar a una estrategia de la UE respecto a los derechos de la infancia. Por lo tanto alienta a los Estados miembros a que cooperen y participen activamente en este ámbito y en futuras reuniones internacionales, a escala tanto de expertos como de ministros, que traten de los derechos de la infancia.

(6 de diciembre de 2010)

RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN TODA LA UE

La Comisión Europea, que está comprometida con la eliminación de dichos obstáculos, ha publicado un documento con varias opciones para facilitar la libre circulación de documentos que son importantes para los ciudadanos. La Comisión propone que se reconozcan más fácilmente en el extranjero documentos como las actas de matrimonio o las partidas de nacimiento. Los europeos que viven fuera de sus países de origen se enfrentan a menudo con obstáculos burocráticos. Dado que cada vez se mueven más europeos —unos 12 millones de ciudadanos de la UE viven en un Estado miembro distinto del suyo propio—, las personas se quejan a menudo de la dificultad que les supone el reconocimiento oficial de los documentos públicos. En algunos Estados miembros, los ciudadanos tienen que pagar un honorario para reconocer sus documentos, expedidos ya oficialmente por un Estado miembro, como auténticos. Otra dificultad se deriva de que algunos Estados miembros pueden exigir la presentación de documentos que no siempre existen en el país de origen del ciudadano. Por todo ello, a partir de ahora, el público puede hacer observaciones sobre la forma en la que podría mejorarse la situación para que esos documentos se reconozcan independientemente de dónde estén o a dónde se desplacen los ciudadanos dentro de la UE y tiene para responder hasta el 30-04-2011. La Comisión tendrá en cuenta estas respuestas al proponer legislación en 2013.

(13 de diciembre de 2010)

IMPULSO A LA IGUALDAD DE GÉNERO

El Consejo de la UE ha adoptado unas conclusiones en las que manifiesta su apoyo a las propuestas de la Comisión para reducir las diferencias ligadas al género. Los esfuerzos se concentrarán en cinco ámbitos prioritarios: igualdad en cuanto a independencia económica; igualdad de remuneración para un mismo trabajo; igualdad en la toma de decisiones; erradicación de la violencia de género; e incorporación de la igualdad de género a las políticas exteriores de la UE. Uno de los principales objetivos es aumentar la participación de la mujer en el mercado laboral. Se acerca al 60% como media en la UE, con grandes variaciones entre Estados miembros y entre los sectores público y privado. Se trata de alcanzar una tasa de empleo del 75% para hombres y mujeres, tal como pretende la estrategia de la UE en materia de crecimiento y empleo. Otro asunto de importancia es la diferencia salarial de género, que ronda una media del 18%. En unas conclusiones por separado sobre este aspecto, se invita a los Estados miembros a reflexionar sobre las causas de tal desigualdad salarial entre mujeres y hombres. Podrían, por ejemplo, tomar medidas para fomentar la transparencia salarial y una clasificación laboral más neutra desde el punto de vista del género, o aumentar el número de mujeres en puestos directivos. También habría que promover la actividad empresarial de las mujeres.

(13 de diciembre de 2010)

LA COMISIÓN REVISLA LA ESTRATEGIA DE AYUDA HUMANITARIA DE LA UE

La Comisión Europea ha aprobado recientemente la revisión intermedia sobre la aplicación de una de las declaraciones más destacadas de la Unión Europea, a saber, el Consenso

Europeo en materia de Ayuda Humanitaria de 2007, que expone la visión, el enfoque y los principios básicos comunes de la actuación de la UE en este ámbito. En la revisión se analizan los logros hasta la fecha y se señalan tareas adicionales, con el objetivo de que la UE siga siendo un líder mundial a la hora de prestar ayuda humanitaria eficaz. La Comisión propone una serie de medidas y prioridades para los próximos años, incluidas unas iniciativas más específicas para pasar de la ayuda humanitaria a la ayuda al desarrollo a largo plazo. La actualización de las ambiciones de la UE permitirá a la Comisión Europea y a los Estados miembros —el mayor donante de ayuda humanitaria del mundo— mantener su promesa de solidaridad y asumir su responsabilidad ante los necesitados.

(13 de diciembre de 2010)

PROCEDIMIENTOS DE ASILO:

DEFICIENCIAS EN LAS NORMAS COMUNES EXISTENTES

La Comisión Europea ha presentado recientemente un informe sobre la aplicación de la Directiva sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. El informe indica que las garantías procedimentales todavía varían considerablemente dentro de la UE. Por otra parte, la vaguedad de las normas establecidas por la Directiva y los fallos en su aplicación nacional pueden dar lugar a errores administrativos. Para remediar estas deficiencias, la Comisión Europea adoptó en octubre de 2009 una propuesta de refundición de la Directiva. El informe de la Comisión sobre su aplicación recalca que no se ha conseguido plenamente el objetivo de crear una igualdad de condiciones por lo que respecta a los procedimientos de asilo. Algunas de las disposiciones optativas y cláusulas de excepción de la Directiva han contribuido a la proliferación de regímenes divergentes dentro de la UE; en consecuencia, las garantías procedimentales varían considerablemente de un Estado miembro a otro. Así sucede especialmente en lo que respecta a las disposiciones sobre los procedimientos acelerados, el «país de origen seguro», el «tercer país seguro», las entrevistas personales, la asistencia jurídica y el acceso a un recurso efectivo.

(13 de diciembre de 2010)

ACUERDO SOBRE LA INICIATIVA CIUDADANA EUROPEA

La Comisión Europea se ha felicitado públicamente por el acuerdo alcanzado sobre la Iniciativa Ciudadana Europea (ICE), suscrito por el Consejo de la UE la pasada semana, y aprobado a su vez por el Parlamento Europeo. Se trata de una innovación introducida en virtud del Tratado de Lisboa que permite a los ciudadanos impulsar directamente, por vez primera, la elaboración de nuevas normas de la UE. En el marco de una Iniciativa Ciudadana Europea, un mínimo de un millón de ciudadanos de al menos una cuarta parte de los Estados miembros de la UE podrán solicitar a la Comisión Europea que presente propuestas legislativas en ámbitos en los que sea competente para hacerlo. Los organizadores de una Iniciativa Ciudadana, un comité compuesto por al menos siete ciudadanos residentes en un mínimo de siete Estados miembros, dispondrán de un año para recoger firmas, y la Comisión tendrá un plazo de tres meses para examinar la Iniciativa y decidir la actuación correspondiente. A petición del Consejo, la legislación sobre la Iniciativa Ciudadana Euro-

pea no comenzará a aplicarse hasta que haya transcurrido un año desde su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, de modo que las primeras iniciativas podrán someterse a partir de 2012.

(20 de diciembre de 2010)

SUPRESIÓN DE LAS BARRERAS FISCALES TRANSFRONTERIZAS PARA LOS CIUDADANOS DE LA UE

La Comisión ha publicado una Comunicación en la que destaca los problemas fiscales más graves a los que se enfrentan los ciudadanos de la UE en situaciones transfronterizas y anuncia planes para buscar soluciones. Cuando los ciudadanos se trasladan, trabajan o invierten en un país extranjero pueden ser objeto de una doble imposición fiscal y encontrar dificultades al reclamar devoluciones de impuestos o solicitar información sobre normas fiscales extranjeras. La Comunicación anuncia medidas en algunos aspectos, como los ingresos de un país a otro, los impuestos de sucesión, los impuestos sobre los dividendos y de matriculación, así como el comercio electrónico. La Comunicación también tiene por objeto determinar si pueden adoptarse otras medidas, tanto a escala nacional como de la UE, para que los sistemas fiscales de los Estados miembros sean más compatibles y no disuadir así a los ciudadanos de emprender actividades transfronterizas.

(20 de diciembre de 2010)

NUEVA RONDA DE CONSULTAS SOBRE LA REVISIÓN DE LA DIRECTIVA RELATIVA AL TIEMPO DE TRABAJO

La Comisión Europea ha lanzado la segunda fase obligatoria de consultas con los representantes de trabajadores y empresarios a escala de la UE, como parte de su revisión de la Directiva 88/2003, relativa al tiempo de trabajo. Asimismo, ha presentado un informe detallado sobre la aplicación jurídica de la Directiva relativa al tiempo de trabajo en los Estados miembros. En la nueva consulta se solicitan los puntos de vista de los interlocutores sociales sobre las opciones para revisar la normativa europea relativa al tiempo de trabajo. Presenta, asimismo, los principales resultados de la primera etapa de consultas con los interlocutores sociales y proporciona una visión de conjunto de los datos más recientes relativos a las tendencias y los modelos relacionados con el tiempo de trabajo, así como el impacto social y económico de la actual normativa en los Estados miembros. El lanzamiento de este documento de consulta representa el siguiente paso para la nueva revisión de la legislación europea relativa al tiempo de trabajo anunciada por el Presidente de la Comisión, José Manuel Barroso, a finales de 2009. La revisión está articulada por un conjunto de objetivos políticos principalmente dirigidos a adaptar el tiempo de trabajo a los cambios en el mundo laboral, a la vez que se protege la salud y la seguridad de los trabajadores.

(20 de diciembre de 2010)

LA UE RATIFICA LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LOS DISCAPACITADOS

La Unión Europea ha llegado a ser parte en el primer tratado jamás celebrado sobre derechos humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las perso-

nas con discapacidad. La Convención tiene por objetivo garantizar que las personas con discapacidad puedan gozar de sus derechos en términos de igualdad con todos los demás ciudadanos. Es el primer tratado exhaustivo sobre derechos humanos ratificado por el conjunto de la Unión Europea. También ha sido firmado por la totalidad de los 27 Estados miembros y ratificado por 16 de ellos (véase el anexo). La Unión Europea se convierte en la 97.^a parte en este tratado. La Convención establece las normas mínimas para proteger y salvaguardar una gama completa de derechos civiles, políticos, sociales y económicos de las personas con discapacidad. Refleja el compromiso global de la Unión Europea de cara a construir una Europa libre de barreras para los aproximadamente 80 millones de personas con discapacidad de la Unión Europea, tal como se establece en la Estrategia de la Unión Europea en materia de discapacidad.

(10 de enero de 2011)

ACUERDO ENTRE LA UE Y JAPÓN SOBRE COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL

El Acuerdo entre la Unión Europea y Japón sobre cooperación judicial en materia penal, firmado en Bruselas el 30 de noviembre de 2009 y en Tokio el 15 de diciembre de 2009 (publicado por el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 12 de febrero de 2010, serie L, 39), ha entrado en vigor el pasado 2 de enero de 2011, conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del mencionado Acuerdo.

(10 de enero de 2011)

PUNTOS FUERTES Y DÉBILES DE LOS PROGRAMAS DE CONTROL PARENTAL

La Comisión Europea ha presentado las conclusiones de un estudio en el marco del informe «EUKidsOnline» indicando que, mientras que el 84% de los programas informáticos probados permiten a los padres bloquear el acceso a determinados sitios de Internet, son menos eficaces a la hora de filtrar los contenidos de la llamada web 2.0, tales como las redes sociales o las bitácoras. Además, solo unos pocos productos del mercado son capaces de filtrar los contenidos de Internet a los que se puede acceder a través de los teléfonos móviles o las consolas de juegos, en un momento en que uno de cada cuatro de niños europeos accede a Internet por esas vías. Paralelamente, una encuesta de «EUKidsOnline», financiada también al amparo del Programa Safer Internet de la UE, ha revelado que solo un 25% de los padres europeos recurre a programas informáticos de control parental para controlar, seguir o filtrar lo que sus hijos pueden hacer en línea. La publicación de estas investigaciones sirve para concienciar sobre la importancia de proteger a los niños de determinados contenidos de Internet y aportar a los padres un punto de vista objetivo sobre cuáles son los programas informáticos de control parental más eficaces.

(17 de enero de 2011)

PACTO EUROPEO POR LA IGUALDAD DE GÉNERO

La Presidencia húngara del Consejo de la UE ha comenzado a trabajar en la mejora del llamado «Pacto europeo por la Igualdad de Género». El borrador del documento, adscrito a la

estrategia *Europa 2020*, fue presentado en una reciente reunión de alto nivel en Budapest. Los participantes también examinaron cómo la crisis económica mundial ha venido afectando a la igualdad de género. Aunque desde un punto de vista legal ni hombres ni mujeres sufren discriminación en la UE, la realidad es que esta igualdad todavía no se ha logrado. Adoptando este pacto, los Estados miembros se comprometen a alcanzar la igualdad de género al más alto nivel político. Este primer borrador del pacto, presentado la semana pasada, será sometido al Consejo de Ministros europeos de empleo y asuntos sociales del mes de marzo, donde se espera que sea adoptado.

(17 de enero de 2011)

DERECHO PENAL: DERECHO A LA INFORMACIÓN EN PROCESOS PENALES

El pasado 20 de julio de 2010, la Comisión presentó al Parlamento Europeo y al Consejo una propuesta de Directiva sobre el derecho de información en los procesos penales. Esta propuesta se refiere a la «medida B» de la Hoja de Ruta para reforzar los derechos procesales de los sospechosos y acusados en los procesos penales (la Hoja de Ruta contiene 5 medidas, siendo la «medida A», sobre el derecho a la interpretación y traducción, aprobada en julio de 2010).

La propuesta contiene un modelo indicativo de carta de derechos para sospechosos y acusados bajo arresto, y un modelo indicativo de carta de derechos para sospechosos y acusados bajo arresto por una Orden Europea de Detención. La propuesta tiene como objetivo establecer unos estándares mínimos sobre el derecho a la información en procesos penales a lo largo de toda la UE. La Directiva se aplicaría desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro hacen partícipe a la persona, mediante una notificación oficial o de otra manera, que es sospechosa o acusada de haber cometido un delito penal, hasta la conclusión del proceso (incluyendo todos los recursos). No incluye, de todas formas, los procesos administrativos relativos a la normativa de competencia, tanto nacional como europea, a menos que el caso sea llevado ante un tribunal con jurisdicción penal. Los procedimientos de la Orden de Detención Europea se encuentran expresamente cubiertos. El Comité de Derecho Penal de CCBE ha examinado la propuesta y ha comunicado su opinión a la Comisión y al Parlamento Europeo. El Comité ha enfatizado la importancia de incluir el derecho al silencio (no incluido en la propuesta inicial), la necesidad para el sospechoso de tener acceso al informe del caso, la necesidad de combinar éste con el de obtener copias de documentos y otro material y el derecho a recibir asesoramiento legal.

(14 de febrero de 2011)

UNA TARJETA PROFESIONAL EUROPEA

El pasado 10 de enero tuvo lugar una reunión para discutir el tema de una «tarjeta profesional europea» (EPC, en su sigla en inglés). La idea de una EPC ha surgido al revisar la Comisión Europea la Directiva sobre Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales que busca facilitar la libertad de circulación de los profesionales cualificados. Cuando estos profesionales se mueven en varios Estados miembros, surge la duda de cómo probar sus credenciales, y por tanto la idea de una EPC. La Comisión ha establecido un grupo director que se encarga de este asunto. CCBE forma parte de este grupo, compuesto por 32 expertos de asociaciones

europas que representan diferentes profesiones (arquitectos, médicos, ingenieros, abogados, guías de montaña, comadronas, farmacéuticos, agentes inmobiliarios, profesionales del sector turístico y otros), y expertos de 10 Estados miembros (Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, Hungría, Holanda, Polonia, Eslovaquia y Reino Unido). La Comisión publicará un informe recogiendo todas las reflexiones iniciales del grupo en julio de 2011.

Además de la reunión del grupo director, la Comisión ha lanzado una consulta pública el pasado 7 de enero en la que pregunta a las diferentes profesiones cómo sus normas de gobernanza que regulan las cualificaciones pueden ser más accesibles. Como parte de la consulta sobre el reconocimiento de cualificaciones profesionales, se pregunta a los representantes sus puntos de vista sobre las propuestas, incluyendo un plan para que un CPE destaque las cualificaciones de una persona. Se invita a las partes interesadas a responder a esta consulta antes del 15 de marzo de 2011 (CCBE propondrá un borrador de respuesta antes del Comité Permanente del 3 de marzo); asimismo, se ha previsto una audiencia pública el 21 de febrero de 2011. Se publicará una evaluación final sobre la Directiva de Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales, así como un Libro Verde para el otoño de 2011. Este objetivo será seguido por una propuesta legislativa para modernizar la mencionada Directiva en 2012.

(14 de febrero de 2011)

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. REVISIÓN DE BRUSELAS I

El 14 de diciembre de 2010, la Comisión Europea presentó una propuesta legislativa con el objetivo de revisar y mejorar el funcionamiento del Reglamento Bruselas I al Consejo y al Parlamento Europeo, en Estrasburgo. La Comisaria de Justicia, Viviane Reding, propuso para empresas, especialmente PYMEs, reformar los procedimientos costosos y anquilosados del Reglamento de 2001. De manera más específica, la Comisión desea eliminar el procedimiento de exequátur, siendo éste en la actualidad el paso intermedio requerido para hacer válida una sentencia en otro Estado miembro de la UE. Eliminando este paso, se ahorrarían hasta 48 millones de euros al año a empresas europeas, y consecuentemente se facilitaría el comercio transfronterizo.

En los casos complejos, este procedimiento puede llegar a costar hasta 12.700 € (minutas, traducción, costes ante los tribunales). También puede llevar meses obtener el reconocimiento y la aplicación de una sentencia. En el futuro, las sentencias civiles y mercantiles emitidas por el tribunal de un Estado miembro serán automáticamente ejecutables en toda la UE. Tal ejecución sólo podría verse interrumpida «bajo circunstancias excepcionales», tal y como ha explicado la Comisión. Con esta refundición del Bruselas I, la Comisión también pretende introducir normas que protejan mejor a los consumidores en los casos que impliquen a terceros países. Los tribunales del lugar de residencia del consumidor tendrán jurisdicción en el futuro, sin importar el Estado miembro. El Reglamento también clarificará el Arbitraje, que actualmente no se encuentra recogido en el Bruselas I. Más del 60% de las grandes empresas europeas prefieren el arbitraje a los tribunales para resolver sus disputas.

El Grupo de Trabajo de CCBE sobre Derecho Internacional Privado se reunirá a su debido tiempo para preparar un borrador de posicionamiento sobre esta propuesta.

(14 de febrero de 2011)

COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

La Comisión ha decidido denunciar a España ante el TJUE por negar a los pensionistas de la UE que residen temporalmente en España el acceso a medicamentos gratuitos. Tras recibir la respuesta de España a su dictamen motivado, la Comisión señala que las normas españolas no se ajustan a la legislación de la UE, ya que discriminan a los pensionistas de otros Estados miembros. En virtud de la legislación sobre seguridad social de la UE [Reglamento (CE) n.º 883/2004], los titulares de pensiones que residen temporalmente en otro Estado miembro pueden utilizar su Tarjeta Sanitaria Europea (TSE) para recibir la asistencia sanitaria que necesiten en las mismas condiciones que los pensionistas cubiertos por el régimen del seguro de enfermedad del Estado miembro visitado. Según la legislación española, los pensionistas tienen derecho a la gratuidad de los medicamentos; por esta razón, los pensionistas de otros Estados miembros de la UE deberían también tener acceso a medicamentos gratuitos cuando residan temporalmente en España. Sin embargo, las autoridades españolas niegan los medicamentos gratis a los titulares de pensiones de la UE porque la Tarjeta Sanitaria Europea no indica que son pensionistas. España exige a estas personas que presenten un certificado suplementario expedido por sus servicios nacionales de seguridad social que acredite en español que el interesado percibe una pensión estatal. En opinión de la Comisión, la negativa de las autoridades españolas es contraria a las disposiciones mencionadas y discrimina a los pensionistas de la UE que residen temporalmente en España. Además, la exigencia de presentar ese certificado suplementario contradice la finalidad de la Tarjeta Sanitaria Europea, que es simplificar los procedimientos y reducir las formalidades para las personas aseguradas que necesitan atención sanitaria durante una estancia temporal en otro Estado miembro.

(21 de febrero de 2011)

EVALUACIÓN DE LOS ACUERDOS DE READMISIÓN DE LA UE

La Comisión Europea ha enviado una comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo respecto a la evaluación de los acuerdos de readmisión de la UE. En el Programa de Estocolmo, el Consejo instó a la Comisión a presentar «durante 2010» una evaluación de los acuerdos de readmisión de la UE y las negociaciones en curso, y a proponer un mecanismo para controlar la aplicación de los acuerdos. Por otra parte, el Consejo debía definir una estrategia renovada y coherente en materia de readmisión sobre dicha base, teniendo en cuenta el conjunto de las relaciones con el país afectado, con inclusión de un planteamiento común respecto de los terceros países que no cooperen en la readmisión de sus propios nacionales. La Comisión recomienda que los incentivos de que dispone la UE se incluyan en un paquete coherente de medidas sobre movilidad que se ofrecerá al tercer país negociador al comienzo de las negociaciones. No deberían proponerse más directrices de negociación aisladas y las futuras directrices de negociación deberían incluir los incentivos que ofrecerá la UE, especialmente en los casos en que las directrices de negociación incluyan una cláusula NTP (nacionales de terceros países) y, al mismo tiempo, indicar las posibles medidas de represalia que la UE adoptará en caso de que el país negociador se niegue de forma persistente a cooperar. Asimismo, la política de readmisión de la UE debería inscribirse con mayor firmeza en las políticas de relaciones exteriores globales de

la UE buscando, entre otras cosas, sinergias con las negociaciones de los acuerdos marco con los terceros países.

(28 de febrero de 2011)

LAS MIGRACIONES POR LA INESTABILIDAD PONEN A PRUEBA EL SISTEMA DE ASILO DE LA UE

La comisión de Libertades Civiles del PE debatió con la Comisión, el Consejo, el Servicio Europeo de Acción Exterior y la agencia europea de gestión de las fronteras exteriores, Frontex, sobre la capacidad comunitaria de hacer frente a posibles migraciones masivas desde el norte de África. Las revueltas populares en el mundo árabe han sacudido toda la cuenca Mediterránea, forzando a la Unión Europea a replantearse su política de inmigración y asilo. Durante la reunión, la mayor parte de los eurodiputados valoró positivamente los pasos dados por la presidencia húngara, la Comisión Europea, Frontex y los Estados miembros para hacer frente a la emergencia humanitaria en la isla italiana de Lampedusa, desbordada ante la llegada masiva de inmigrantes tunecinos. Sin embargo, mostraron su preocupación por la ausencia de un plan a largo plazo en previsión de una posible ola de inmigración a Europa, y lamentaron que la legislación comunitaria sobre asilo permanezca bloqueada en el Consejo.

(7 de marzo de 2011)

RESPUESTA DEL CGAE A LA CONSULTA SOBRE RECONOCIMIENTO DE CUALIFICACIONES PROFESIONALES

El Consejo General de la Abogacía ha remitido hoy su respuesta a la consulta de la Comisión Europea en materia de cualificaciones profesionales. En ella, el CGAE ha subrayado esencialmente cuatro aspectos. En primer lugar, indica la importancia del régimen sectorial europeo establecido específicamente para la abogacía, que contiene condiciones mínimas y un régimen abierto para el ejercicio transfronterizo de la profesión. En esta línea, se subraya la importante contribución de la abogacía institucional y del ejercicio individual de la profesión para el desarrollo del marco normativo y jurisprudencial del reconocimiento de cualificaciones profesionales. Igualmente, ha indicado algunas de las principales afectaciones al mercado interior debidas a un efecto de «dumping de cualificaciones», generado por la situación de espera que la sociedad padece fruto del retraso en el reglamento de desarrollo y la entrada en vigor de la Ley de acceso. Por último, la Abogacía española ha considerado insuficientes los planes de la Comisión para las tarjetas de identidad profesional, minimizando la cuestión de la identidad profesional electrónica y los servicios electrónicos asociados a la e-justicia.

(14 de marzo de 2011)

LA COMISIÓN PROPONE NORMAS MÁS EFICIENTES PARA EL CRUCE DE FRONTERAS

La Comisión Europea ha propuesto modificar el Código de fronteras Schengen para facilitar la circulación de las personas a través de las fronteras interiores y exteriores de la UE de manera controlada. Cecilia Malmström, Comisaria de Asuntos de Interior, ha

declarado: «Esta propuesta ayudará a acelerar los controles fronterizos e incrementar la certidumbre jurídica para los viajeros y los agentes de la guardia de fronteras. Una vez se apliquen estas nuevas normas, confiamos en reducir las dificultades administrativas para las personas que viajen dentro de la UE, que se trasladen a ella o que salgan de ella. Ello facilitará la vida a nuestros ciudadanos». Los cambios propuestos aumentarán la claridad de la reglamentación actual, respondiendo a los problemas prácticos que han surgido durante los primeros años de aplicación del Código de fronteras Schengen. La propuesta se centra en una mejor cooperación entre la UE y los terceros países; aceleración del control fronterizo; reducción de trámites burocráticos innecesarios; incremento de la certidumbre jurídica para los viajeros y los agentes de la guardia de fronteras; y mejora de la formación de los agentes de la guardia de fronteras.

(14 de marzo de 2011)

DERECHOS DE PROPIEDAD MÁS CLAROS PARA LAS PAREJAS INTERNACIONALES DE LA UE

La Comisión Europea propone un conjunto de normas al nivel de la UE que arrojen claridad jurídica sobre los derechos de propiedad de los matrimonios internacionales y de las uniones registradas con dimensión internacional. Existen en Europa más de 16 millones de parejas internacionales, al menos 650.000 de las cuales deben hacer frente cada año a incertidumbres cuando su matrimonio o su unión tocan a su fin. Los ciudadanos pierden tiempo y dinero tratando de determinar la ley aplicable a su caso y los tribunales competentes para conocer de él. Las divergencias jurídicas entre los 27 Estados miembros de la UE crean un incentivo para buscar un foro de conveniencia o ser el primero en la carrera hacia los tribunales. Esa es la expresión utilizada cuando uno de los cónyuges, por lo general el que goza de mejor situación económica, se apresura a acudir al tribunal cuyo fallo considera que va a resultarle más favorable. Para evitar este tipo de situaciones, la Comisión Europea propone dos Reglamentos que contribuirán a determinar la ley aplicable a los derechos de propiedad de una pareja y el tribunal competente para conocer de tales cuestiones. Además, los Reglamentos incluyen reglas sobre el reconocimiento y la ejecución en todos los Estados miembros de la UE de las resoluciones judiciales relativas a la propiedad de las parejas mediante un procedimiento único. Estas propuestas constituyen el primer resultado tangible del Informe de la Comisión sobre la ciudadanía, de octubre de 2010, que ponía de manifiesto veinticinco grandes obstáculos prácticos con que los europeos todavía tropiezan en su vida cotidiana. Las propuestas lanzadas por la Comisión constituyen el paso lógico siguiente al rápido acuerdo alcanzado el pasado año sobre la legislación de la UE que determina el país cuyas leyes se aplican en los casos de divorcio transfronterizo.

(21 de marzo de 2011)

LA EUROCÁMARA SE PRONUNCIA SOBRE LA DIRECTIVA DE PERMISO ÚNICO

El pleno del Parlamento Europeo vota esta semana la Directiva de Permiso Único. Los trabajadores extranjeros deben disfrutar de los mismos derechos que los ciudadanos europeos en relación al tiempo de trabajo y la seguridad social, según una serie de enmiendas que se han propuesto a esta Directiva de permiso único que el PE votará el jueves. Esta

norma permitiría a los inmigrantes obtener los permisos de residencia y trabajo mediante un mismo procedimiento. Los diputados insisten en que los Estados miembros no deben expedir documentos adicionales al permiso único. La directiva de «permiso único» busca reducir los trámites burocráticos para los inmigrantes que deseen vivir y trabajar en un Estado miembro, ya que permitirá obtener los permisos de residencia y trabajo mediante un procedimiento único. Según la propuesta de la Comisión Europea, los trabajadores deben disfrutar de los mismos derechos que los ciudadanos europeos en lo que concierne al salario, el despido, la seguridad y condiciones laborales y el derecho de libre afiliación. La comisión de Empleo del PE propone ampliar estos derechos al tiempo de trabajo y clarificar el acceso de los inmigrantes a los regímenes de seguridad social y a los beneficios fiscales. La comisión parlamentaria defiende igualmente que los trabajadores extranjeros puedan recibir sus pensiones cuando regresen a su país de origen en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro en el que hayan cotizado.

(21 de marzo de 2011)

REFUERZO DE LOS DERECHOS A LA PROTECCIÓN Y LA ASISTENCIA CONSULARES EN TERCEROS PAÍSES

La Comisión Europea ha hecho pública una Comunicación sobre la protección consular en terceros países, en la que establece medidas concretas para lograr que los ciudadanos de la UE conozcan mejor sus derechos. A lo largo del próximo año, la Comisión propondrá medidas de coordinación dirigidas a facilitar el ejercicio cotidiano de la protección consular de los ciudadanos. Además, ha inaugurado un sitio web específicamente dedicado a ese tema, en el que se indican las direcciones de las misiones consulares o diplomáticas en terceros países y se brindará acceso a los servicios de asesoramiento sobre viajes de todos los Estados miembros. Los ciudadanos de la UE que se encuentren en el extranjero durante situaciones de emergencia o crisis como las recientemente sufridas por Japón, Libia o Egipto tienen derecho a solicitar asistencia en cualquier consulado o embajada de la UE si su Estado miembro de origen carece de representación en ese país. Los Estados miembros de la UE deben además facilitar la evacuación de esos ciudadanos como si de sus propios nacionales se tratase. Los Tratados de la UE y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE garantizan ese derecho, que constituye uno de los componentes clave de la ciudadanía de la UE. Esa protección se extiende asimismo a situaciones cotidianas como el robo de un pasaporte o accidentes o enfermedades graves; sin embargo, muchos europeos no son conscientes de ese derecho. A medida que aumenta el número de ciudadanos de la UE que viven, se desplazan y trabajan en terceros países (los europeos efectúan más de 90 millones de viajes anuales fuera de la UE, y 30 millones de ciudadanos europeos son residentes en terceros países) resulta más importante intensificar las campañas de información acerca de esos derechos.

(28 de marzo de 2011)

PROGRESOS EN LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Más de un año después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, por el cual se establece el carácter vinculante de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, se ha dado a conocer el Informe anual sobre la aplicación de la Carta. Este pone de manifiesto que los

derechos fundamentales revisten importancia para toda una amplia gama de políticas y que la Carta suscita un elevado interés entre la opinión pública. No obstante, el informe también pone de relieve el hecho de que con frecuencia la Carta se malinterpreta. En 2010, se recibieron más de 4.000 cartas de ciudadanos relacionadas con los derechos fundamentales. Aproximadamente tres cuartas partes de ellas se referían a asuntos que no entraban en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE. Por añadidura, según un estudio reciente del Defensor del Pueblo Europeo, el 72% de los europeos consideran que no están bien informados sobre la Carta. El informe destaca que mientras las instituciones de la UE siempre tienen que tomar convenientemente en consideración los derechos consagrados en la Carta, los Estados miembros solo están obligados por ella cuando aplican las políticas y el Derecho de la UE. El Tribunal de Justicia de la UE también ha desempeñado un importante papel en la defensa de la Carta. En lo que respecta al derecho a la protección de los datos personales, el Tribunal invalidó parcialmente, el 9 de noviembre de 2010, la normativa de la UE que obligaba a publicar los nombres de las personas físicas beneficiarias de fondos procedentes del Fondo Europeo Agrícola de Garantía y del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural. En un asunto paradigmático en materia de igualdad, el Tribunal dictaminó, el pasado 1 de marzo, que las diferencias en las primas de seguro aplicadas a mujeres y hombres constituyen una discriminación por razón de sexo y que son incompatibles con la Carta.

(4 de abril de 2011)

INFORME DE LA COMISIÓN SOBRE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

La Comisión Europea ha presentado un informe sobre la Orden de Detención Europea (EAW, en su sigla en inglés) que evalúa la ejecución por los Estados miembros de la orden de detención europea desde 2007 y hace balance de su funcionamiento hasta el momento actual. Los Estados miembros expidieron 54.689 órdenes de detención europea entre 2005 y 2009, lo que llevó a la entrega de 11.630 sospechosos. En ese mismo período, la orden de detención europea tuvo un notable efecto al acelerar la transferencia de presuntos delincuentes entre países de la UE. Antes de existir dicha orden, la extradición solía producirse como media al cabo de un año, pero este plazo se ha reducido actualmente a 16 días cuando el sospechoso acepta entregarse, o a 48 días cuando se niega a hacerlo. En consecuencia, la orden de detención europea se ha convertido en una herramienta clave en la lucha contra la delincuencia y en un importante aspecto de la seguridad interior de la UE. La Comisión, sin dejar de reconocer el éxito de la orden de detención europea al permitir extraditar de manera eficiente a los sospechosos en una UE sin fronteras, admite también que su funcionamiento puede mejorarse. El informe recalca que la efectividad de la orden de detención europea puede verse obstaculizada por cuestiones relativas al respeto de los derechos fundamentales en los Estados miembros y una posible utilización excesiva en casos no muy graves. Los europeos tienen derecho a viajar libremente por el interior de la UE por motivos de trabajo, estudio o vacaciones. Pero la apertura de fronteras no debe permitir a los delincuentes huir de la justicia viajando sin más a otro Estado miembro. La orden de detención europea, en vigor desde 2004, es un excelente instrumento para la extradición de los presuntos delincuentes de un país de la UE a otro, de modo que no puedan disponer de un escondite en Europa. Los Estados miembros deberán utilizar la orden de detención europea teniendo debidamente en cuenta los derechos fundamentales y la necesidad real de extradición en cada caso.

(11 de abril de 2011)

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

I. MIRADA RETROSPECTIVA A LA LEGISLACIÓN ITALIANA DE INMIGRACIÓN

FRANCISCO GARCÍA-CALABRÉS COBO

Doctor en Derecho y Abogado

Profesor de Derecho Internacional Privado UCO

Defensor de la Ciudadanía de Córdoba

RESUMEN

Mirada retrospectiva a la legislación italiana de inmigración

La legislación italiana de inmigración, inicialmente integradora y garantista como corresponde a un país tradicionalmente de emigrantes, ha sido sufrido una errática evolución desde el año 2002 que se vio acentuada en el año 2009 con una criminalización de la inmigración y una visión marcadamente policial más que social. El estudio centra su análisis no en las últimas reformas ampliamente contestadas jurídica y socialmente, sino en los antecedentes legislativos y en el sistema legal articulado a partir de la Ley 189/2002, acercándose al régimen de visados, permisos de trabajo y contingente, así como los derechos sociales reconocidos, y que nos llevan a un Estado con un modelo circunstancial y provisional que, aun con parámetros similares en otros países, no responde a las demandas de la sociedad italiana ni a los derechos fundamentales de las personas.

Palabras clave: inmigración, integración, mercado laboral, Italia, contingente, visado.

ABSTRACT

Retrospective look to the Italian legislation of immigration

The Italian legislation of immigration, initially of integration and guarantee since it corresponds to a country traditionally of emigrants, an erratic evolution has been suffered from the year 2002 that met accentuated in the year 2009 with a criminal vision of the immigration and a vision police more than social. The study centres his analysis not on the last widely answered reforms juridically and socially, but on the legislative precedents and on the legal system articulated from the Law 189/2002, approaching the regime of visas, work licenses and quota, as well as the social recognized rights, and that take us to a State with a circumstantial and provisional model who, even with similar parameters in other countries, does not answer to the demands the Italian company not to the fundamental rights of the persons.

Key words: immigration, integration, labor market, Italy, quota, visa.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. NORMATIVA.
- III. VISADOS.
- IV. SISTEMA DE CONTINGENTE DE ESPAÑA.
- V. ENTRADA Y ESTANCIA PARA TRABAJO POR CUENTA AJENA.
- VI. PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO.

VII. DERECHOS SOCIALES.

VIII. CONCLUSIÓN.

IX. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

I. INTRODUCCIÓN

En la Italia de hoy, referente cultural europeo del que somos herederos, llena de grandezas y glamour, también concurren sombras en la integración de las personas y la convivencia social. El actual Gobierno de Silvio Berlusconi asoció desde su inicio la inmigración con la delincuencia y la inseguridad ciudadana, y abiertamente se manifestó en contra de una sociedad pluriétnica y multicultural. Y, en su último mandato, a partir del 2008 se endureció el discurso contra la inmigración y, de su mano, la legislación de extranjería, que cristalizó en julio de 2009 con la aprobación definitiva por el Senado de la ley de seguridad que criminaliza a la inmigración ilegal, amplía los plazos de retención administrativa a 6 meses, dificulta el acceso a la nacionalidad, etcétera, lo que ha supuesto numerosas críticas de los sectores sociales, comunitarios y jurídicos. Desde este artículo no abordamos dicha reforma ampliamente comentada en otros estudios, sino que queremos retrotraernos a los antecedentes inmediatos, a la legislación italiana de inmigración de 1986 a 2002, que conforma el modelo sobre el que se están realizando las actuales reformas, y que nos ayudará a comprender el núcleo fundamental del modelo italiano y el errático camino recorrido sobre legislación de extranjería.

II. NORMATIVA

Como antecedentes o punto de partida que sirva para posicionarnos respecto a la realidad presente, hay que decir que desde el Código de Seguridad Pública⁽¹⁾ donde se regía como norma prácticamente exclusiva una inmigración minoritaria frente al saldo neto de un país eminentemente emigrante como el italiano, que se quiebra a mitad de la década de los 70, donde de manera anómala por la recesión económica y la alta desocupación en las regiones del norte, en las regiones del sur hay una demanda importante de trabajadores sin cualificación, aprovechándose de la ausencia de reglamentación y de la tolerancia generalizada ante el trabajo negro, se cubren las necesidades de trabajo flexible por parte de las pequeñas y medianas empresas manufactureras y la agricultura, consolidándose una puerta de acceso del trabajador de manera totalmente irregular⁽²⁾.

(1) Dado en 1935, que se limitaba a someter al extranjero a una serie de controles discrecionales por parte de la autoridad policial.

(2) Que, además, fue animada por una serie de Circulares de los Ministerios de Trabajo y de Exteriores, que favorecieron la inserción de mujeres extranjeras en el trabajo doméstico en régimen de internas.

I. MIRADA RETROSPECTIVA A LA LEGISLACIÓN ITALIANA DE INMIGRACIÓN

El punto de inflexión⁽³⁾ lo supone realmente la Ley 943/1986, en la que se reconoce por primera vez la presencia de trabajadores extracomunitarios en Italia y que tiene por objeto regular su estatuto jurídico y programar las entradas, resultando socialmente avanzada e integradora⁽⁴⁾, razón por la cual muchos de los derechos que enfáticamente anunciaba nunca fueron aplicados. La Ley de 30 de diciembre de 1986 contiene reglas referentes al empleo y a las condiciones de trabajo de inmigrantes no europeos y contra la inmigración ilegal a la vez que incluía el primer programa de regularización de inmigrantes que estaban trabajando ilegalmente.

A esta norma siguió la denominada «Ley Martelli» (39/1990) que llevó a cabo la regularización del permiso de residencia. Ello demostró que aumentaba la demanda de inmigrantes para llevar a cabo trabajos del más bajo nivel en el mercado laboral italiano cuatro años después, la Ley 39/1990, que partía de una concepción neo-corporativa basada en las consultas entre la burocracia ministerial y algunos agentes sociales, totalmente insuficiente para satisfacer las necesidades de mano de obra del mercado de trabajo que ya no se basaba en la industria de la cadena de montaje⁽⁵⁾, que lo poco bueno que creó fueron unas oficinas para extranjeros llamadas «centros de acogida y servicios»⁽⁶⁾.

La prueba de la poca incidencia de estas dos leyes en la regulación del mercado de trabajo, es que con cada una de ellas se propició un proceso extraordinario de regulación de mano de obra extranjera. 120.000 trabajadores se regularizaron en el año 1986 y 220.000 trabajadores extranjeros en el año 1990.

La década de los años 90 comenzó con una despreocupación por la integración de los inmigrantes, como lo acredita la Ley sobre Ciudadanía, de febrero de 1992 que dificulta el acceso a la adquisición de la nacionalidad de los extracomunitarios⁽⁷⁾.

El Decreto Ley 489/1995⁽⁸⁾ supuso una apuesta en la lucha contra la inmigración ilegal al tiempo que mejoraba la situación de los derechos de los irregulares en temas básicos y

(3) CAPONIO, T. y FINOTELLI, C., «La inmigración en Italia, entre el derecho de asilo y la obligación de trabajar», en *Rev. Migraciones* del Instituto Universitario de Migraciones, núm. 14, Ed. Universidad de Comillas, Madrid, 2003, pp. 63 a 96, recogen un amplio estudio de la evolución normativa de la inmigración y el asilo en el Derecho italiano.

(4) Téngase en cuenta, cómo, por ejemplo, en los artículos 1 y 9 de la misma, se conceptúa al inmigrante como un sujeto de derechos, al que se debe asegurar el acceso pleno a la sanidad, a los servicios sociales, la educación y la vivienda, además de la protección de la cultura propia y a la preservación del idioma de origen.

(5) COLOMBO, A. y SCIORTINO, G., «Italy's many immigrations», en *Journal of Italian Modern Studies*, 2004.

(6) Previstas en el artículo 11 de la Ley 39/1990, que disponía, además, de una asignación presupuestaria para un trienio. Y si en el norte y centro, funcionaron estos dispositivos, no se puede decir lo mismo del sur, donde al prevalecer el trabajo negro en la agricultura se dan unas condiciones de vida más precarias que son asumidas social e institucionalmente, improvisándose soluciones informales, como es el caso de la vivienda en Nápoles, donde los inmigrantes sustituyeron a los italianos en los llamados «bassi», que son casas sin ventanas que dan directamente a la calle, y en las viviendas prefabricadas construidas en la periferia para los damnificados del terremoto del año 1980.

(7) La Ley 91/1992, eleva de 5 a 10 años el período de residencia necesario para la adquisición de la nacionalidad de los extracomunitarios, a la vez que restringe el plazo para los europeos que optan como preferentes con la exigencia de 5 años de residencia, y 3 años para los descendientes de los emigrantes italianos.

(8) Aprobado por el Gobierno Italiano en el contexto de la comisión de reforma de la Ley Martelli, y de la adhesión de Italia al Convenio de Schengen.

humanitarios⁽⁹⁾. Sin soluciones reales, volvió a darse en el 95 otro proceso de regularización extraordinaria del que se beneficiaron 246.000 extranjeros.

La legislación italiana actualmente vigente se contiene en la Ley núm. 189, de 30 de julio de 2002 (Ley Bossi-Fini), la cual trae su origen más inmediato en la Ley 40, de 6 de marzo de 1998, de «Regulación de la Inmigración y del Estatuto de Extranjeros» (entró en vigor el 27 de marzo de 1998). Esta Ley fue conocida como la «Ley Turco-Napolitano», denominada así por los nombres de los ministros de Asuntos Sociales y de Interior que la presentaron. La Ley 40/1998 fue seguida por el Texto Único sobre regulación de la inmigración y disposiciones sobre el estatuto de los extranjeros, incluido en el 25.º decreto legislativo de julio de 1998, núm. 286 (denominado desde ahora TU, Texto Único o Texto Refundido). Este texto incorporaba dentro la Ley 40/1998 y todas las disposiciones legislativas aplicables en el área de los derechos de los extranjeros. Actualmente, éste es el texto básico del Derecho italiano de la inmigración incluso a pesar de los cambios introducidos por leyes posteriores. Los reglamentos de desarrollo del TU han sido aprobados (con un retraso de más de un año) con el Decreto del Presidente de la República (DPR) de 31 de agosto de 1999, núm. 394, y han entrado en vigor el 18 de noviembre de 1999.

La Ley 40/1998⁽¹⁰⁾ reconoce explícitamente la existencia de demanda de trabajo inmigrante, que debe satisfacerse a través de la incorporación del sistema de contingentes anuales⁽¹¹⁾. El sistema de cupos se basa en dos instrumentos principales:

- La lista de preferencia, recogida en el artículo 21, que es un instrumento de reclutamiento que se preveía en la Ley 39/1990 y que a través de acuerdos bilaterales con los países de origen pretende garantizar cuotas de ingreso preferente a cambio de una colaboración eficaz en los procedimientos de readmisión de los expulsados.
- La institución de patrocinador, que es una disposición innovadora en el Derecho italiano, dirigida a dar respuesta al sector de los empleados de hogar, donde la relación de confianza y el conocimiento directo entre el empleador y el trabajador resulta fundamental, facilitando así el ingreso de personas extranjeras en búsqueda de trabajo⁽¹²⁾.

(9) Como el acceso a la enseñanza obligatoria, y a los servicios sanitarios primarios, en casos de urgencia y medicina preventiva.

(10) Esta Ley consideraba la inmigración como un fenómeno estructural y era una legislación inspirada en las necesidades más sistemáticas: las normas querían poner orden en todos los aspectos de la vida del extranjero (derechos fundamentales, relaciones familiares, salud, asistencia, educación, etc.), todas las distintas fases de la inmigración (primera entrada y estancia, residencia de larga duración, deportación), todos los diversos tipos de entrada y residencia en el Estado (empleo por cuenta ajena, autónomo, trabajo de temporada, reagrupación familiar, estudio, razones médicas, etc.).

(11) Establecido anualmente mediante decreto del Consejo de Ministros basándose en el programa trienal que debe presentar el Gobierno y aprobar el Parlamento italiano. En el llamado «programa sobre la política de inmigración y de los extranjeros», recogido en el artículo 3 del Decreto Ley 286/1998, se prevé una fase de consultas con todas las partes interesadas, tanto a nivel de administración central, autonómica como local, con intervención de agentes sociales, empresarios, sindicatos, asociaciones e inmigrantes.

(12) Lo que dispone el artículo 23 de la Ley 40/1998 es que los ciudadanos italianos y los extranjeros con residencia regular, e incluso las entidades locales, las administraciones regionales, las asociaciones profesionales, sindicadas,

I. MIRADA RETROSPECTIVA A LA LEGISLACIÓN ITALIANA DE INMIGRACIÓN

Otra innovación era la introducción de la planificación de cuota que evitaba la necesidad de demostrar que no había solicitantes locales de empleo, antes que los inmigrantes.

Uno de sus principales objetivos se centraba en que fuese más estable y definido el estatuto jurídico y social del trabajador extranjero con residencia legal en Italia, facilitándose medidas integradoras⁽¹³⁾ que paliaban ese carácter represivo del derecho de extranjería, y que fueron desarrolladas por el decreto del Presidente de la República núm. 394 de 31 de agosto de 1999, a la vez que se refuerzan las sanciones contra el ingreso clandestino y la trata de seres humanos.

Sin embargo, la necesidad de sistematización en la legislación de 1998 parece emanar en gran parte de la falta de regulación del derecho de asilo, el estatuto del refugiado y las cuestiones relativas al asilo.

Puede decirse que en marzo de 2000, después de la entrada en vigor de los reglamentos de implementación y otros decretos ejecutivos de las leyes previstas por el TU, la nueva disciplina de la inmigración estaba prácticamente desarrollada de acuerdo con tres objetivos principales:

1. La «implementación de una política oportuna de regulación, limitación y programación de flujos legales», es decir, una línea que sea más efectiva para programar los flujos de entrada de trabajadores.
2. El «contraste entre inmigración clandestina y la explotación criminal de los flujos migratorios», es decir, el incremento de la prevención y de la represión de la inmigración ilegal.
3. El «inicio de realistas y efectivas formas de integración de los nuevos inmigrantes y los extranjeros ya regularizados residentes en Italia», es decir, el incremento de medidas efectivas de integración de los residentes extranjeros regulares.

En 1998, el número de inmigrantes residentes legales había alcanzado 1.240.721 o el 2% de la población, e Italia era el cuarto país de inmigración en Europa después de Alemania, Francia y Reino Unido.

Con el cambio al gobierno de centro-derecha, presidido por Berlusconi, se endurecieron sensiblemente las condiciones de los extranjeros. Se llevó a cabo con la reforma de la legislación anterior a través de la Ley núm. 189, de 30 de julio de 2002 (Ley Bossi-Fini). Esta Ley corrigió las previsiones sobre inmigración del Decreto Legislativo núm. 286, de 25 de julio de 1998 (Ley Turco-Napolitano) y cambió la regulación del Decreto Presidencial núm. 394, de 31 de agosto de 1999, adoptando las notas siguientes:

tos y organizaciones del tercer sector pudieran ser avalistas del ingreso de ciudadanos extranjeros con el fin de que se insertaran en el mercado de trabajo, asegurándoles alojamiento, manutención y asistencia sanitaria. Pero la previsión incluida en la Ley de 1998 no fue implementada hasta el 2000 y el 2001.

(13) Se introduce un permiso de residencia que permite, tras 5 años de residencia ininterrumpida, al extranjero obtener un documento de carácter definitivo que le evite las continuas renovaciones, lo que a la postre quedó boicoteado en su fase de implementación por varias circulares del Ministerio del Interior, introduciendo condiciones extremadamente restrictivas para la concesión del documento. Se instrumentan medidas de integración social como la enseñanza de la lengua italiana, la revalorización de la cultura de origen, la puesta en marcha de la mediación cultural y la formación de funcionarios, así como la creación de un Fondo Nacional para las políticas migratorias.

- El permiso de estancia está estrictamente unido al contrato de trabajo. Se subraya incluso por la nueva denominación de la autorización que se convierte en «contrato de estancia»⁽¹⁴⁾ en vez de permiso de estancia. El extranjero está visto más como un trabajador. Aunque el extranjero tenga un trabajo estable, el contrato de estancia expira cada dos años y debe negociarse su renovación con el empleador.
- Se ha eliminado la figura del patrocinador, cerrando de hecho cualquier posibilidad a la entrada por búsqueda de trabajo.
- Las obligaciones del empleador se han vuelto más difíciles, dificultando la contratación de trabajadores extranjeros. Así, debe pagar al trabajador extranjero el viaje de regreso a su país, después de la expiración del contrato de estancia. También, el alojamiento es responsabilidad del empleador quien debe dar garantías de que está disponible y que satisface los «mínimos parámetros establecidos por las previsiones de vivienda pública».
- Se reintroduce la obligación de verificar que no hay trabajadores italianos o comunitarios que puedan ocupar el puesto de trabajo para el que se solicita un trabajador de un tercer país⁽¹⁵⁾.
- El extranjero titular de un permiso de estancia por razones de trabajo, que pierde el nuevo trabajo, no puede conseguir una vivienda social y sólo puede estar registrado en las listas de empleo durante seis meses, en vez de los doce de la anterior ley. Ello supone que, después de este tiempo, el extranjero que no consigue un nuevo trabajo estable es expulsado del territorio nacional.
- El decreto anual de programación de flujos, se convierte ahora en un acto facultativo del Presidente del Gobierno, como recoge el artículo 3 de la Ley.
- Las huellas digitales son tomadas a los inmigrantes solicitantes del permiso de estancia que cubre un período de más de 90 días sobre su primera entrada en Italia.
- Las obligaciones del empleador se han vuelto más difíciles, para hacer frente a las obligaciones burocráticas de la Ley Turco-Napolitano.
- La reagrupación familiar está limitada y las nuevas leyes establecen condiciones más restrictivas para los padres y los hijos.
- Las penas para ciudadanos italianos que contraten trabajadores extranjeros sin contrato de estancia consisten en prisión (de 3 meses a 1 año) y el pago de una multa de 5.000 euros por cada trabajador extranjero contratado.
- Un nuevo delito, como es la venta sin marca registrada, ocasiona la inmediata revocación del permiso de estancia y la expulsión del territorio nacional.
- Las penas para el tráfico ilegal y clandestino de inmigrantes, que son de 4 a 12 años de prisión y 15.000 euros por cada clandestino, no han cambiado. Se da más poder a los guardas costeros de la Marina, quienes pueden parar e inspeccionar una embarcación si tienen sospechas reales de que está involucrada en transporte ilegal y clandestino de personas, incluso fuera de las aguas territoriales.

(14) Según recoge el artículo 6 de la Ley 189/2002.

(15) Recogiéndose así esta obligación en el artículo 18 de la Ley 189/2002, que ya había estado previsto tanto por la Ley 943/1986, como por la Ley 39/1990, pero que había quedado eliminado por la Ley 40/1998 Turco-Napolitano.

I. MIRADA RETROSPECTIVA A LA LEGISLACIÓN ITALIANA DE INMIGRACIÓN

- En caso de expulsión o en caso de retorno a su Estado, el trabajador extranjero pierde las contribuciones que ha cotizado en Italia.
- Se endurece la normativa sancionadora y de expulsión, y se amplía el plazo a 60 días para la estancia en los centros de permanencia temporal, hasta el acompañamiento a la frontera⁽¹⁶⁾.

En general, las condiciones de los inmigrantes se han endurecido respecto a la legislación anterior en la reagrupación familiar, la supresión de la figura del fiador o garante de la anterior legislación que permitía asegurar, a través de garantías o políticas de seguros, la entrada para la búsqueda de trabajo de uno o dos extranjeros anualmente. También la Carta de Residencia (*Carta di Soggiorno*) puede ser obtenida después de 6 años de residencia regular, cuando en la anterior Ley 40/1998 el plazo era 5 años, aumentándose en definitiva la precariedad de los trabajadores extranjeros⁽¹⁷⁾.

La Ley 189/2002 establece también una regularización importante de trabajadores ilegales que alcanzó la cifra de 640.000⁽¹⁸⁾, pero sus normas no están completamente desarrolladas porque el Gobierno todavía no ha adoptado los nuevos reglamentos.

En ningún caso, bajo el nuevo artículo 117 de la Constitución, las normas sobre asilo, inmigración y estatuto de extranjeros en el sistema constitucional italiano están atribuidas solamente al Estado (competencias legislativas exclusivas), sino que las leyes regionales pueden establecer otras normas sobre integración de los extranjeros. Así, algunas normas de la legislación del Estado no han sido desarrolladas, porque la legislación regional todavía no ha sido adoptada.

III. VISADOS

Los tipos de visados⁽¹⁹⁾ de entrada introducidos por Decreto del Ministro de Exteriores de 12-7-2000 son los siguientes: adopción, negocios, tratamiento médico, diplomático, acompañamiento de familiares, competiciones deportivas, búsqueda de trabajo, invitación, trabajo por cuenta propia, trabajo por cuenta ajena, misión, motivaciones religiosas, reentrada, elección de residencia, reagrupación familiar, estudio, tránsito aeroportuario, tránsito, transporte, turismo, trabajo vacacional. En 2002 la Ley Bossi-Fini derogó el visado para la participación en el mercado de trabajo.

En 1998, el TU de la Ley de inmigración introdujo el principio por el cual «se especificarán por escrito las motivaciones cuando se deniegue una solicitud de visado de entrada

(16) En general se refleja una nueva tendencia procedente de la Cumbre Europea de Sevilla del 2002, que frente a las buenas intenciones de Tampere, ha hecho hincapié en la necesidad de crear procedimientos que impidan los abusos en las peticiones de asilo y acelerar la expulsión a quienes no se les haya concedido.

(17) Véanse en este sentido, autores como ZINCONE, G., *Primo rapporto sulle politiche di integrazione degli immigrati in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 2000; y BONIFAZI, C., *L'immigrazione straniera in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 1998.

(18) Aunque los datos varían según las fuentes. Cáritas italiana estimó en 702.000 las solicitudes presentadas, mientras otros estudios indican que fueron 634.728 el número de solicitudes.

(19) PAOLO BONETTI, «Italia», en el estudio *La regulación de la inmigración en Europa*, Ed. Fundación La Caixa, 2005, p. 150.

o de reentrada, y se entregarán al solicitante junto con las instrucciones para la apelación» [sección 4.c).2]. En 2002 la reforma Bossi-Fini eliminó la aplicación del principio anterior en casos relacionados con visados de turista y de negocios, que pueden ser denegados sin alegación de sus causas.

Un elemento nuevo se introduce en el debate, que tendrá sus posteriores consecuencias legislativas, y es la aparición de la Lega Nord⁽²⁰⁾ que construye un mensaje político basándose en una presunta identidad padania y por consiguiente, en el rechazo de las demás identidades de inmigrantes extranjeros. Lo que se acentuó con la participación en las elecciones regionales del 2000 de Bossi en la alianza de centro derecha y la creación de la Casa delle Liberta⁽²¹⁾, quedando al margen del discurso político temas como el asilo y la integración de los inmigrantes que se ven desplazados por las posiciones anti-clandestinos y anti-islam, en una peligrosa reorientación del discurso público sobre la inmigración que pasa a girar exclusivamente sobre la seguridad y el orden público.

Un momento álgido y de crisis, en la política general de inmigración y refugio, y por consiguiente en la expedición de visados, lo supuso el naufragio en junio de 2003 de varias naves en las costas sicilianas, los desembarcos masivos en Lampedusa con peticiones de asilo, la llamada a la armada para proteger las aguas jurisdiccionales⁽²²⁾, pero sobre todo a los efectos que más nos interesan aquí, se promovió por la oposición un debate parlamentario sobre los resultados de la Ley Bossi-Fini⁽²³⁾ y la aprobación de un decreto ministerial sobre el control de fronteras⁽²⁴⁾.

A pesar del escándalo humano y político de Lampedusa, la bien italiana muy acomodada con el poder gubernamental, sigue mostrando lo que parece ser una actitud consolidada en la forma de hacer las cosas, según la cual el inmigrante en Italia es, la mayoría de las veces un clandestino, algunas veces un refugiado y casi nunca un solicitante de asilo.

IV. SISTEMA DE CONTINGENTE DE ENTRADA

La legislación italiana prevé un sistema planificado de cuotas o contingente. Teóricamente la cuota es determinada por uno o más decretos anuales ya que el TU establece en general plazos para «uno o más decretos» (incluso la nueva ley admite «decretos adicionales [...] cuando sea deseable»). La decisión de consultar a las autoridades regionales y órganos locales es implementada por un informe donde cada autoridad regional puede remitir hacia el 30 de noviembre de cada año las «previsiones de flujos sostenibles basada en la capacidad

(20) Y su entrada en las elecciones municipales de Milán de 1993. Sobre este tema con extensión se pronuncia DIAMANTI, I., *Il male del nord: Lega, localismo, secessiones*, Ed. Donzelli, Roma, 1996.

(21) Que se alza como defensora de los valores y la tradición cristiana, contra un Islam que se ve como sinónimo de fanatismo religioso y amenaza al que hay que negar cualquier posibilidad de integración. Sobre este tema, se puede consultar el preámbulo del proyecto de la Ley Bossi-Fini, en el Congreso de los Diputados núm. 7234.

(22) Según recoge el diario italiano *Corriere della Sera*, del 18 de junio de 2003.

(23) Sesión parlamentaria núm. 329, del 25 de junio de 2003. Véase www.camera.it/index.asp.

(24) Se trata del decreto del Ministerio del Interior de 19 de junio de 2003, denominado «Disposiciones sobre las actividades de vigilancia, prevención y lucha contra la inmigración clandestina a través del mar».

I. MIRADA RETROSPECTIVA A LA LEGISLACIÓN ITALIANA DE INMIGRACIÓN

del tejido social y productivo de absorberlos», como también por la decisión de la Conferencia Unificada de Estado, Regiones y Autoridades Locales y el Comité para la Coordinación y el Control de la Inmigración, en el que están representadas las Regiones.

Después de la Ley 189/2002 no hay garantías para determinar cada año las cuotas que estarán disponibles para los inmigrantes. De acuerdo con la nueva reforma el decreto anual debería ser aprobado el 30 de noviembre del año previo, si la decisión no se toma a tiempo el Presidente del Consejo de Ministros puede decidir independientemente cómo deberán ser las cuotas hasta el límite más alto del año anterior.

Para clarificar más el sistema de cuota italiano es preferible examinar el Decreto de 2004. La cuota aprobada fue de un total de 79.000 de los que 50.000 son trabajo de temporada y 29.000 otras entradas para trabajar⁽²⁵⁾.

En cada provincia la Oficina del Prefecto (*Ufficio Territoriale del Governo*) tiene una oficina de inmigración que tramita la totalidad del procedimiento referente a la contratación de trabajadores extranjeros con plazos cortos o contratos abiertos. Esta oficina busca igualar la oferta y demanda de trabajadores inmigrantes, habiendo previamente determinado la falta de nacionales o trabajadores de la Unión Europea capaces de hacer el mismo trabajo (este requisito ha sido derogado por la Ley de 1998). La Ley de 2002 sólo dispone una previa verificación de la capacidad de trabajadores nacionales, mientras deja a los empleadores libertad para elegir contratar a algunos extranjeros residentes en el extranjero.

Entrada y estancia para trabajo de temporada

En la Oficina del Prefecto de cada provincia hay una oficina de inmigración⁽²⁶⁾ que tramita todo el procedimiento referente a la contratación de trabajadores extranjeros con plazos cortos y contratos abiertos. Sin los límites establecidos por los decretos anuales de cuota del Presidente del Consejo de Ministros o acuerdos especiales relativos a flujos de trabajadores de temporada, el empleador debe presentar el número justo de solicitudes en las oficinas de inmigración de la provincia de residencia. Estas oficinas comunican inmediatamente⁽²⁷⁾ las solicitudes al el centro de empleo pertinente que determina, dentro del plazo de cinco días, la eventual capacidad de trabajadores italianos o comunitarios para ocupar las ofertas de trabajo de temporada.

Las oficinas de inmigración conceden, en cada caso, la autorización en atención al derecho de precedencia en el plazo de diez días desde la comunicación del centro de empleo y no más de 20 días desde el día en el que se recibió la solicitud del empleador y envió la docu-

(25) Entre los 29.000 que pueden entrar legalmente en Italia, 20.000 plazas están reservadas para países que han firmado acuerdos de cooperación con Italia. En particular: 3.000 para albaneses, 3.000 para tunecinos, 2.500 para marroquíes, 2.000 para nigerianos, 1.500 para egipcios, 1.500 para moldavos, 1.500 para Sri Lanka, 1.500 para Bangladesh, 1.000 para paquistanés y los otros 2.500 permanecen reservados para otros acuerdos de readmisión. El remanente de 9.000 va a otras nacionalidades.

(26) Llamada Prefectura-Ufficio Territoriale del Governo, una administración equivalente a la Subdelegación del Gobierno en la que existe también una Oficina de Extranjeros.

(27) Como ocurre en este tipo de procedimientos para trabajo de temporada, los plazos son estrictamente cortos, incentivándose además para un posterior permiso de residencia la vuelta al país de origen.

mentación, incluido el número de código, a las oficinas consulares. Por su parte, la Oficina Consular italiana del país de residencia u origen del ciudadano extranjero, después de los necesarios controles, concede un visado de entrada indicando el número de código fiscal.

Dentro del plazo de ocho días de entrada en el país, el ciudadano extranjero debe ir a la oficina de inmigración que concederá la autorización para firmar el contrato (*contratto di soggiorno*) que se guardará en la oficina. La oficina de inmigración enviará entonces copias a la autoridad consular pertinente y al centro de empleo.

El permiso de estancia para trabajo de temporada es válido un mínimo de 20 días y un máximo de 9 meses. Si un trabajador de temporada ha cumplido con las condiciones indicadas en el permiso de estancia y ha vuelto a su país de origen cuando expira el permiso, tiene prioridad para volver a Italia en el siguiente año, para trabajo de temporada, sobre otros ciudadanos de su país que nunca han estado en Italia por razones de trabajo. A un ciudadano extranjero que demuestra que ha estado en Italia dos años consecutivos por trabajo de temporada puede serle concedido, cuando el empleo se repite, un permiso de varios años para trabajar hasta tres años. El visado de entrada respectivo es concedido cada año, y el permiso será inmediatamente revocado si el ciudadano extranjero infringe las disposiciones de la ley de inmigración.

V. ENTRADA Y ESTANCIA PARA TRABAJO POR CUENTA AJENA⁽²⁸⁾

En cada provincia la sección de inmigración de la Oficina del Prefecto tramita todo el procedimiento relativo a la contratación de trabajadores extranjeros con plazos cortos o contratos abiertos. De acuerdo con los límites establecidos por el decreto anual de cuotas acordado por el Presidente del Consejo de Ministros, el empleador debe presentar la documentación en la oficina de inmigración de su provincia de residencia, o la provincia en que la compañía está registrada o en que tendrá lugar el trabajo. Si el empleador no conoce personalmente al ciudadano extranjero puede pedir, mediante la presentación de la documentación pertinente en el contrato los gastos de alojamiento y repatriación, el permiso de trabajo para una o más personas inscritas en las listas de las oficinas consulares, que serán seleccionadas según criterios definidos en los nuevos reglamentos.

(28) Respecto de la entrada y estancia para trabajo por cuenta propia, dentro de los límites de la cuota de inmigración establecidos en el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros, para que un extranjero pueda obtener un visado de entrada para trabajo por cuenta propia, ha de obtener una serie de declaraciones y documentos en el consulado italiano.

Las embajadas o consulados italianos expedirán un certificado declarando la existencia de los requisitos necesarios para conceder el permiso de empleo por cuenta propia y el visado indicando la actividad para la cual está concedido. Un permiso de estancia para trabajo por cuenta propia es válido durante dos años y puede ser renovado.

El extranjero titular del permiso de estancia que no tiene el derecho a trabajar (por ejemplo, turismo, tratamiento médico, solicitud de asilo, etc.) puede pedir a la policía del lugar donde él quiere trabajar la conversión de su permiso de estancia en un permiso de trabajo por cuenta propia, si hay una cuota específica en el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros.

Para poder optar a ello, además de la documentación requerida para el extranjero que solicita un visado de entrada para trabajo por cuenta propia, le debe ser expedido un certificado de la oficina provincial de empleo, en el que conste la solicitud dentro del número de trabajadores por cuenta propia establecidos anualmente.

I. MIRADA RETROSPECTIVA A LA LEGISLACIÓN ITALIANA DE INMIGRACIÓN

La autorización para trabajar es válida por un período no mayor a seis meses desde la fecha de su concesión. Dentro de este período, el ciudadano extranjero debe solicitar a las oficinas consulares de su país de residencia u origen un visado de entrada y llegada a Italia.

Estudiantes

Un permiso de estancia para estudios no puede ser concedido por un plazo superior a tres años más allá de la duración del curso. Sin embargo, puede ser renovado para calificaciones especiales o doctorados de investigación, durante la total duración del curso siendo renovable cada año.

Durante el período de validez del permiso, al igual que ocurre en el Derecho español cabe la actividad laboral con el criterio de la compatibilidad, y pueden realizarse actividades de trabajo de base salarial por un máximo de 20 horas por semana. A menos que esté estipulado de otra manera por acuerdos internacionales o bajo las condiciones acordadas según las cuales al extranjero le está permitido entrar para asistir a cursos de estudio o formación en Italia, un permiso de estancia por razones de estudio o formación puede ser convertido, antes de su expiración, en un permiso de estancia con el propósito de trabajo, dentro de los límites de las cuotas establecidas bajo las normas del artículo 3 del TU.

VI. PERMISO DE RESIDENCIA Y TRABAJO

En el sistema legal italiano desde 1998 hay dos formas diferentes de documentos que permiten la residencia legal: diferentes tipos de permiso de estancia («permesso di soggiorno») y una carta de estancia («carta di soggiorno»).

A) La carta de estancia o de residencia («carta di soggiorno», introducida por el artículo 9 del TU) es otorgada por un período indefinido y equivalente a la residencia permanente concedida a dos categorías de extranjeros que demuestran que no tienen una condena penal o están procesados por un delito: (a) Ciudadanos extranjeros que están viviendo legalmente en Italia durante los últimos 6 años, que son titulares de un permiso de estancia por una razón que permite un ilimitado número de renovaciones y que pueden demostrar que tienen una vivienda e ingresos suficientes para mantenerse a sí mismos y a su familia. La carta es concedida al extranjero que presenta la solicitud y a su esposa e hijos hasta los 18 años, y (b) Ciudadanos extranjeros que viven legalmente en Italia con su cónyuge o hijos italianos o ciudadanos comunitarios.

La carta de residencia es otorgada a un extranjero que no ha sido condenado o acusado de un delito. En caso de ser denegada o revocada, el ciudadano extranjero puede interponer un recurso ante el TAR dentro del plazo de 60 días y puede conseguir un permiso de estancia. La expulsión de un extranjero que es titular de una carta de residencia sólo puede ser llevada a cabo por serias razones de orden público. Los titulares de cartas de residencia están exentos de los requisitos del visado, pudiendo llevar a cabo actividades legales aparte de aquellas expresamente prohibidas a los extranjeros por la ley o solamente reservadas para los italianos, además, tienen acceso a los servicios y ayudas otorgadas por las autoridades públicas y toman parte de la vida local, participando en las elecciones permitidas por

la normativa local. La Carta de Residencia no tiene límite como permiso en sí mismo. El documento de la Carta de Residencia debe ser renovado cada diez años, desde la solicitud, por el titular que debe proporcionar nuevas fotografías.

B) El permiso de estancia debe ser solicitado, de acuerdo con el procedimiento detallado por las normas de implementación, al jefe policial (*Questore*). El permiso de estancia debe ser concedido por las razones expuestas en el visado o previsto por las disposiciones en vigor. Las normas de implementación pueden detallar procedimientos especiales de concesión referentes a cortas estancias por razones de turismo, justicia, estar pendiente la emigración a otro Estado, ejercer las funciones de ministro de una religión, y para estancias en residencias geriátricas, hospitales, institutos civiles y religiosos y otras comunidades.

El permiso de estancia debe ser otorgado por la jefatura de policía de la provincia donde está el extranjero, dentro los 8 días laborables desde su entrada en el territorio del Estado. Su duración es: (a) tres meses para visitas, negocios y turismo; (b) hasta 9 meses para trabajo de temporada (un año para empleo temporal); (c) dos años para trabajo permanente o para reagrupación familiar, y (d) no más de dos años para trabajo independiente o por cuenta ajena.

Se debe renovar 30 días antes de la expiración del permiso, y su renovación depende de las mismas condiciones requeridas en la primera concesión. La duración de la renovación no puede exceder de dos veces la concesión inicial. En cualquier caso, hasta la reforma de la Ley de 2002 el permiso de estancia para trabajar se hacía depender de una combinación de la residencia y el contrato de trabajo. La Ley de 1998 ya subordinó la extensión del permiso a la posesión de trabajo. Con la pérdida de trabajo se deniega la renovación del permiso si, al expirar, o como mucho en el período de un año desde su expiración, el extranjero no obtiene un nuevo trabajo. La Ley de 2002 no ha hecho grandes cambios al respecto: reduce a la mitad la duración de los siguientes permisos y a la mitad el tiempo máximo dado a un inmigrante desempleado para encontrar un nuevo trabajo después de que el permiso expire. Una solución que debería, sin embargo, tener conflictos con el artículo 18 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo 143/1975⁽²⁹⁾.

El nuevo «contrato de residencia para trabajo subordinado» presenta diferencias con las regulaciones anteriores que son, de hecho, más procedimentales que substanciales. Sin embargo, existen innovaciones problemáticas, tales como el establecimiento de un comité de empleadores para pagar «los costes del viaje de retorno de los trabajadores al país del que provienen» y también la disposición que requiere «al empleador para garantizar la posibilidad de alojamiento del trabajador que cumpla con los mínimos estándares fijados por la ley para una vivienda pública». Estas regulaciones producen muchas incertidumbres porque son susceptibles de interpretaciones que tienen una cierta fuerza innovadora que excluye otras interpretaciones sustantivas.

El acceso al trabajo regular (por cuenta propia o por cuenta ajena) en las mismas condiciones que los ciudadanos italianos es sólo para los titulares de la carta de residencia y titulares de permiso de estancia de asilo, razones humanitarias, trabajo por cuenta propia, por cuenta ajena, razones familiares y estudios. El acceso al mercado de trabajo es diferente

(29) Ratificado por Italia mediante la Ley 158 de 10 de abril de 1981.

I. MIRADA RETROSPECTIVA A LA LEGISLACIÓN ITALIANA DE INMIGRACIÓN

para cada uno de estos permisos de estancia. El permiso de estancia para trabajo por cuenta ajena o para trabajo de temporada es concedido sólo después del «contrato de estancia» bajo la Ley 189/2002. Por su parte, el titular del permiso de estancia para estudios puede conseguir sólo un trabajo a media jornada⁽³⁰⁾.

Surge, en definitiva, la imagen de un trabajador extranjero como un huésped no deseado, cuya presencia se legitima únicamente si tiene un contrato de trabajo o si puede ser útil para la economía del país, es una visión meramente utilitarista.

Respecto de las regularizaciones masivas⁽³¹⁾, como hemos indicado más arriba, ha sido un recurso muy utilizado por el Derecho italiano. Las leyes de inmigración se han dirigido principalmente a introducir seis medidas de amnistía: no hay datos sobre las regularizaciones después de las Circulares del Ministro de Trabajo de 2 de marzo y 9 de septiembre de 1982, pero muchos extranjeros han regularizado su situación en Italia después de la Ley 943/1996 (105.000), la Ley 39/1990 (222.000), el Decreto-ley 489/1995 (246.000), los Decretos de 1998 y 1999 (217.141), y la Ley 189/2002 (634.728⁽³²⁾). Lo que lleva a una verdadera esquizofrenia entre palabras y hechos, mientras las primeras se muestran represivas, los procesos extraordinarios siembran la esperanza en los indocumentados⁽³³⁾. En cualquier caso, un total de casi 1.500.000 personas se estima que no han solucionado su situación.

VII. DERECHOS SOCIALES⁽³⁴⁾

Los inmigrantes documentados disfrutan de los mismos derechos sociales que los ciudadanos italianos. Si bien las limitaciones se han incrementado, como en las ayudas por maternidad a las madres solteras y para las madres de tres o más hijos que deben ser titulares de una carta de residencia permanente, el acceso a la vivienda pública está ahora conectado con los dos años del permiso de residencia. En caso de repatriación, los trabajadores inmigrantes pueden disfrutar de su retiro si han cumplido los requisitos de la legislación italiana.

Los inmigrantes indocumentados tienen derechos básicos, esencialmente cuidados sanitarios públicos y educación pública. La Ley de 2002 ha cambiado los derechos de los inmigrantes indocumentados muy marginalmente. Los inmigrantes indocumentados tienen todavía derecho a la salud en los «servicios esenciales y tratamiento incluso a largo plazo» y no sólo en caso de emergencia y embarazo. A los inmigrantes indocumentados se les da una cartilla sanitaria pública anónima especial, tanto si aceptan pagar la normal contribución o se declaran incapaces de pagarla. Para los menores indocumentados la educación

(30) En cualquier caso en el Derecho de la inmigración italiano hay varias posibilidades de reconvertir algunos tipos de permiso de estancia.

(31) CARFAGNA, M., «I sommersi e i sanati. Le regolarizzazioni degli immigrati in Italia», *Stranieri in Italia* (Colombo y Sciortino, Ed.), Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 53-89.

(32) Finalizó el 11 de noviembre de 2002, promulgada por el segundo gobierno de Berlusconi, se ha convertido en el proceso extraordinario de regularización más numeroso de la historia Italiana.

(33) ZINCONE, G., *Immigrazione. Il governo Berlusconi: le parole, i fatti, i rischi*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

(34) PAOLO BONETTI, «Italia», *op. cit.*, pp. 166 a 173.

pública no solamente es gratuita sino también obligatoria. Los inmigrantes indocumentados también tienen derecho a las ayudas legales.

El alojamiento temporal, también con la Ley de 1998, fue limitado sólo a los inmigrantes legales, pero la Ley Bossi-Fini⁽³⁵⁾ especifica que todas las «medidas de integración social» están limitadas a los inmigrantes legales y, por tanto, denegada a las asociaciones privadas (por ejemplo, las asociaciones católicas como Cáritas) la posibilidad de asistir y proteger a inmigrantes indocumentados. Además, la Ley Bossi-Fini no permite ampliar los consejos locales para proveer cualquier tipo de refugio en caso de afluencia de ilegales excepcionales, como era permitido bajo la Ley Turco-Napolitano. Es posible una acción pública contra la discriminación directa o incluso indirecta, por razones de raza, color, origen, y creencias religiosas. La legislación italiana todavía no ha transpuesto la Directiva sobre la antidiscriminación en dos puntos.

Asistencia social

Los titulares de una carta de residencia y permiso de residencia que no sea inferior a un año, así como las personas dependientes de él apuntados en su carta de residencia o permiso de residencia, tienen igual asistencia que los italianos en los servicios sociales, incluidos los financieros y también la asistencia social, incluso si han sido afectados por el «Morbo Hansen» o tuberculosis, por sordera, ceguera, invalidez o indigencia⁽³⁶⁾.

Desde 1999, el Parlamento ha previsto, mediante los presupuestos anuales, una restricción, reduciendo el derecho sólo a los titulares de la carta de residencia. Esto significa que los titulares de «un permiso de estancia de un año» no tienen derecho a recibir la misma asistencia, como inicialmente preveía la legislación. Además, la Ley de maternidad de 8 de marzo de 2000 limita la concesión de maternidad especial para las madres solteras y para las madres de tres o más hijos a los titulares de la carta de residencia permanente.

Tal situación ha creado una grave *deminutio* de inmigrantes que no son capaces de conseguir un trabajo por las mencionadas enfermedades y por las mismas razones no se les permite pedir la carta de residencia. En la práctica, de acuerdo con la restricción introducida desde 1999, las personas que se encuentran en esta situación tienen el riesgo de ser expulsadas por las autoridades por falta de trabajo y, por tanto, de la posesión de medios suficientes de vida.

Además, los titulares de permiso de residencia para trabajadores tienen derecho a un seguro por discapacidad, vejez, seguro por accidentes de trabajo y enfermedad laboral, seguro contra enfermedad y seguro de maternidad. En lugar del pago de beneficios para asistencia familiar y para seguro contra el desempleo involuntario, el empleador está obligado a pagar al Instituto Nacional de Seguridad Social (INPS) una cotización igual al

(35) Supone la introducción de un procedimiento sibilino de subsidiariedad, poniendo a largo plazo en manos de los Ayuntamientos no sólo el peso organizativo, sino sobre todo el financiero de la acogida. Así parece que Italia se acerca a países de inmigración más antigua como Alemania, donde buena parte de la acogida está en manos de las entidades locales. Véase en este sentido CAPONIO, T. y FINOTELLI, C. en «La inmigración en Italia...», *op. cit.*, p. 85.

(36) AMBROSINI, M., «*La fatica di integrarsi. Immigranti e lavoro in Italia*», Il Mulino, Bologna, 2001.

I. MIRADA RETROSPECTIVA A LA LEGISLACIÓN ITALIANA DE INMIGRACIÓN

montante de los mismos beneficios pagados. Los fondos resultantes deben ser destinados a iniciativas de asistencia social que favorezcan a los trabajadores.

Las cotizaciones sociales pagadas por los trabajadores extranjeros en Italia, desde la Ley del año 2002, pueden ser transferidas a su país sin un acuerdo internacional: en caso de repatriación, los trabajadores inmigrantes pueden disfrutar de su retiro y tienen derecho a las pensiones mínimas a la edad de 65 si ellos han cumplido los requisitos de la legislación italiana. De acuerdo con la previa Ley de 1998 ellos podían inmediatamente pagar al contado sus cotizaciones, más un generoso interés del 5% por año.

VIII. CONCLUSIÓN

Italia, como también ocurriese en España, pasó de ser un país tradicionalmente de emigración a convertirse en receptor de personas inmigradas a partir de finales de los años 70 del pasado siglo. La articulación legal de dicho fenómeno social, económico, cultural y demográfico ha recorrido un camino errático desde los primeros proyectos integradores, abiertos y progresistas a un cuestionamiento de la convivencia intercultural y de los derechos de las personas inmigradas, donde el eje central gira en torno a la Ley 189/2002, con un posterior endurecimiento y criminalización clara e injusta de la inmigración, utilizada como coartada justificativa de sombras propias, además del fruto de una falta adecuada de control y respuesta legal a la llegada de personas, que ha provocado que más de un millón de personas vivan en la clandestinidad y la explotación, a pesar de los seis procesos de regularización extraordinaria en pocos años que no han sido suficientes para ordenar y normalizar una situación que quiere arreglarse, ahora, por la vía quirúrgica del código penal y las expulsiones. Todo ello, muy lejano al tradicional humanismo renacentista italiano o a la influencia de la Iglesia de Roma.

IX. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- AMBROSINI, M.: *La fatica di integrarsi. Immigranti e lavoro in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 2001.
- BONETTI, P.: «Italia», en el estudio *La regulación de la inmigración en Europa*, Ed. Fundación La Caixa, 2005.
- BONIFAZI, C.: *L'immigrazione straniera in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 1998.
- CAPONIO, T. y FINOTELLI, C.: «La inmigración en Italia, entre el derecho de asilo y la obligación de trabajar», en *Rev. Migraciones* del Instituto Universitario de Migraciones, núm. 14, Ed. Universidad de Comillas, Madrid, 2003.
- CARFAGNA, M.: «I sommersi e i sanati. Le regolarizzazioni degli immigrati in Italia», *Stranieri in Italia* (Colombo y Sciortino, Ed.), Il Mulino, Bolonia, 2002.
- COLOMBO, A. y SCIORTINO, G.: «Italy's many immigrations», en *Journal of Italian Modern Studies*, 2004.
- DIAMANTI, I.: *Il male del nord: Lega, localismo, secessiones*, Ed. Donzelli, Roma, 1996.
- ZINCONE, G.: *Immigrazione. Il governo Berlusconi: le parole, i fatti, i rischi*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- *Primo rapporto sulle politiche di integrazione degli immigrati in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 2000.

II. ENTRADA EN VIGOR PARA ESPAÑA, DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996 RELATIVO A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS (*)

M.^a ELENA ZABALO ESCUDERO
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Entrada en vigor para España, del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la responsabilidad parental y medidas de protección de los niños

El Convenio de La Haya de 1996 relativo a la responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, que ha entrado en vigor para España en enero de 2011, se suma al marco normativo aplicable a la protección de los menores en situaciones de internacionalidad y transnacionalidad. Regula los distintos sectores del Derecho internacional privado en la materia: competencia judicial, Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones y cooperación de autoridades. El interés superior del menor es el principio fundamental al que responde la regulación convencional.

Palabras clave: Responsabilidad parental, situación de internacionalidad, interés del menor, cooperación internacional.

ABSTRACT

Entry into force in Spain, the Hague Convention 1996 on parental responsibility and measures for the protection of children

The 1996 Hague Convention related to parental responsibility and children protection measures, which came into force in January 2011 in Spain, becomes part of the legal framework for the child protection within international and transnational situations. It regulates the different sectors of private international law in the following areas: jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation of authorities. The best interest of the child is the fundamental principle addressed by the conventional regulation.

Key words: Parental responsibility, international situations, interests of the child, international cooperation.

El proceso de mundialización de las relaciones familiares que caracteriza a la moderna sociedad del S. XXI, repercute necesariamente en la situación de los menores, que con relativa facilidad son objeto de desplazamiento de un país a otro, cambiando así su residencia habitual, y, con ello, su entorno social y jurídico. Las causas que motivan dichos traslados son muy diversas, pero dejando a un lado los que son debidos a los procesos de adopción internacional, objeto de regulación por el Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, son muchos los desplazamientos de niños realizados por sus propios progenitores, por ambos o por uno solo de ellos, como consecuencia o no de una ruptura matrimonial o de pareja. Al margen

(*) Publicación realizada en el marco del Proyecto UZ (convocatoria 2010) «Migraciones internacionales y política mediterránea de la UE».

de la movilidad familiar de que son objeto los menores, los movimientos transfronterizos de niños que han de abandonar su país como resultado de la existencia de disturbios, conflictos bélicos, desastres naturales, exigen una cobertura normativa que evite las situaciones de riesgo para su integridad y que prevenga e impida el tráfico internacional de menores. A estas y otras situaciones de internacionalidad en las que puede verse inmerso un niño, que no son pocas teniendo también en cuenta el factor migratorio, trata de dar respuesta el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, que ha entrado en vigor para España el 1 de enero de 2011, como consecuencia de su ratificación, el 6 de septiembre de 2010⁽¹⁾.

Con la ratificación de este Convenio, el ordenamiento jurídico español ve completarse todo un marco normativo de Derecho Internacional Privado, de fuente internacional, aplicable a la protección de menores. Junto al Convenio sobre adopción internacional, al que se ha hecho referencia anteriormente, al Convenio de La Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y al Convenio europeo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, se añade el Reglamento de la Unión Europea 2201/2003 (Bruselas II *bis*) en materia matrimonial y responsabilidad parental. Este último es el concepto que utiliza, asimismo, el Convenio que acaba de entrar en vigor para España, que regula la competencia judicial internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de decisiones y la cooperación de autoridades en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de niños.

El citado Convenio protege al niño, a partir de su nacimiento y hasta que cumpla la edad de 18 años (artículo 2). Por «responsabilidad parental» se entiende, según el propio texto (artículo 1.2), la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño, incluyendo en particular las medidas relativas a (artículo 3):

- «a) la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación;
- b) el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un período limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual;
- c) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas;
- d) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo;
- e) la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante “kafala” o mediante una institución análoga;
- f) la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo;
- g) la administración, conservación o disposición de los bienes del niño».

(1) BOE, 219 de 2 de diciembre de 2010.

II. ENTRADA EN VIGOR PARA ESPAÑA, DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996

En definitiva como precisa el Informe explicativo del Convenio, elaborado por Paul Lagarde, «la definición dada es amplia. Cubre a la vez la responsabilidad relativa a la persona del niño, la responsabilidad relativa a sus bienes y, de forma general, la representación del niño, sea cual sea la denominación dada a la institución, responsabilidad parental, autoridad parental, poder (*puissance*) paternal, así como tutela, curatela, administración legal, custodia (*custody*) y guarda (*guardianship*). Los derechos y obligaciones a los que se refiere son aquellos que pertenecen al padre y a la madre en virtud de la ley, para cuidar a sus hijos y asegurar su desarrollo, ya se trate de la guarda, de la educación, de la fijación de residencia, o de la vigilancia de la persona del niño, particularmente en sus relaciones. El concepto de poderes se relaciona más específicamente a la representación del niño. Esta responsabilidad es normalmente ejercida por los padres, pero puede ser ejercida en todo o en parte por terceros, dentro de las condiciones fijadas por las legislaciones nacionales, en caso de fallecimiento, de inaptitud o de indignidad de los padres, o en caso de abandono del niño por sus padres»⁽²⁾.

Confluye con la citada regulación convencional, como ya se ha indicado, el Reglamento de la Unión Europea Bruselas II *bis* relativo también a la responsabilidad parental, y que regula la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones en la referida materia. En las relaciones con el Convenio, el Reglamento resulta aplicable, en lo que a la determinación de la competencia judicial se refiere cuando el niño tenga su residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea, y tratándose de reconocimiento y ejecución de resoluciones, cuando la decisión provenga de un Estado miembro de la Unión, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro (artículo 61 del Reglamento). Por ello, para fundamentar la competencia de las autoridades judiciales españolas, la normativa convencional sobre estos dos sectores se verá desplazada por el Reglamento de la Unión Europea, si el menor reside habitualmente en nuestro país, así como, los efectos de cualquier decisión procedente de alguno de los Estados miembros de la Unión (con la excepción de Dinamarca)⁽³⁾, se determinarán por el referido Reglamento.

La regulación de la competencia judicial internacional toma como criterio principal de atribución (aunque no único) en los referidos textos, la residencia habitual del menor y, en consecuencia, cuando el menor afectado reside en España, tanto las autoridades judiciales como administrativas españolas tienen competencia para la adopción de cualquiera de las medidas englobadas en el concepto de responsabilidad parental, siendo el Reglamento, y no el Convenio, la norma en la que se fundamenta dicha competencia, desplazando en cualquier caso la aplicación de las normas de competencia judicial de fuente interna (artículo 22 de la LOPJ).

Tanto el Reglamento como el Convenio contemplan soluciones específicas para los supuestos de cambio de residencia habitual, especialmente en el caso de que dicho cambio sea

(2) LAGARDE, P., «Informe explicativo del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños», www.hcch.net.

(3) Como reza el apartado (31) del Preámbulo del referido Reglamento: De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, este país no participa en la adopción del presente Reglamento, que por consiguiente no le vincula ni le es aplicable.

«ilícito» por realizarse en violación de un derecho de custodia, dando lugar a una sustracción o secuestro internacional, en cuyo caso se parte del principio del mantenimiento de la competencia de las autoridades de la anterior residencia habitual, hasta que quede definitivamente resuelta la situación sobre la residencia del menor. En los casos en que la responsabilidad parental aparezca como una cuestión vinculada a un procedimiento de divorcio, se prorroga, con determinadas condiciones, la competencia de los mismos Tribunales que conocen de dicha demanda. Otras normas subsidiarias dan cobertura a situaciones distintas, como la que determina la competencia en virtud del lugar donde se encuentre el menor, cuando la residencia habitual no pueda ser determinada, lo que también es aplicable en casos de menores refugiados o desplazados internacionalmente como consecuencia de disturbios en su país. El Convenio, como el Reglamento, flexibiliza sus normas objetivas de competencia, admitiendo en supuestos excepcionales y con determinadas condiciones, la remisión del asunto al Tribunal de otro Estado que, por su estrecha vinculación con el supuesto de hecho, se encuentra en mejor situación para conocer, siempre que ello convenga al interés superior del menor, principio fundamental inspirador de las referidas normativas (artículos 5 a 14).

En lo que al reconocimiento y ejecución se refiere el régimen del Convenio de 1996 se aplica a las decisiones procedentes de los Tribunales de los Estados parte en él (puede consultarse el estado de firmas y ratificaciones en la página web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado —www.hcch.net—), que no procedan de las autoridades de los Estados de la Unión Europea a cuyas decisiones se aplica el Reglamento Bruselas II *bis*. Se parte del reconocimiento de pleno derecho de las decisiones adoptadas por las autoridades competentes de los Estados contratantes, que sólo podrá denegarse por los motivos expresamente previstos, protegiéndose especialmente el derecho del menor a ser oído en los procedimientos que le afectan y modulándose la cláusula de orden público internacional en función de la protección del interés superior del menor (artículos 23 a 28).

Se establecen cauces de cooperación internacional a través de la designación de las Autoridades Centrales por los Estados contratantes (en la referida página web puede consultarse la Autoridad designada por cada Estado); a dichas Autoridades se le asigna un importante papel en la solución de los litigios, en cuanto una de sus funciones es facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño (artículos 29 a 39). Su intervención es especialmente relevante en los supuestos de «colocación transfronteriza» del menor; así, cuando el niño haya de ser objeto de una medida de protección, como acogimiento, *kafala* o institución análoga, y haya de tener lugar en otro Estado contratante distinto, la autoridad competente del Estado de origen consultará a la Autoridad Central o a otra autoridad competente del Estado de recepción, transmitiéndole un informe sobre la situación del niño y los motivos de su propuesta de colocación. Sólo si dicha autoridad ha dado su conformidad, teniendo en cuenta el interés superior del menor, puede ser adoptada la medida en el Estado requirente (artículo 33). El no haberse respetado este procedimiento puede ser causa de denegación del reconocimiento, convirtiéndose así en un obstáculo al reconocimiento de pleno derecho de las medidas adoptadas por las autoridades de los Estados contratantes que pretende el artículo 23.

El conflicto de leyes también es objeto de solución por el Convenio (artículos 15 a 22), completando así la regulación de todos los sectores del Derecho Internacional Privado implicados en la protección de menores. Designa el Derecho aplicable a la responsabilidad

II. ENTRADA EN VIGOR PARA ESPAÑA, DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996

parental, y lo hace con carácter universal, esto es, con independencia de que el Derecho que corresponda aplicar sea o no el de un Estado contratante (artículo 20). Ello produce una solución conflictual unitaria, al aplicar las autoridades competentes de los distintos Estados contratantes las mismas normas de conflicto, que no son otras que las del Convenio, en cuanto quedan desplazadas, en consecuencia, las normas de conflicto de producción interna, y, por tanto, se eliminan las diferencias en cuanto a la determinación del Derecho sustantivo a aplicar. Se habilita a las autoridades de los Estados parte para aplicar su propia ley a las medidas adoptadas en el ejercicio de su competencia. El punto de conexión retenido para determinar el Derecho aplicable a la atribución o extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental, sin intervención de autoridad judicial o administrativa, así como a su ejercicio, es el de la residencia habitual del menor, y, por lo tanto, resulta aplicable la ley de la residencia habitual del niño. Con esta solución se ve modificada, ante el desplazamiento que supone la normativa convencional, y en cuanto entran en el ámbito material de la responsabilidad parental, la ley aplicable a las relaciones paternofiliales que según el artículo 9.4 del Código Civil es la ley personal del hijo, así como la ley aplicable a la tutela y demás instituciones de protección del incapaz, que, según dispone el artículo 9.6 del mismo texto legal, se rige por la ley nacional de éste.

Además, y como cuestión de especial interés para el ordenamiento español, por su carácter plurilegislativo, aquellos Estados en los que existan distintos sistemas o conjuntos de reglas relativos a la protección del niño o de sus bienes, no están obligados a aplicar las normas convencionales a los conflictos únicamente relacionados con estos diferentes sistemas o conjuntos de reglas (artículo 46). Ahora bien, cuando en virtud del Convenio y su aplicación a una relación internacional, se aplique la ley de residencia habitual del menor, y esta ley sea la de un Estado plural, como es el caso del ordenamiento español, se aplicará la ley de la unidad territorial que corresponda según las normas en vigor en dicho Estado, o, en su defecto, se entenderá que la referencia a la residencia habitual en dicho Estado resulta hecha a la residencia habitual en la correspondiente unidad territorial de dicho Estado (artículos 47 y 48 del Convenio). Normas sobre la remisión a los sistemas plurilegislativos que hay que tomar en consideración en la solución de las situaciones de Derecho interregional que puedan suscitarse en esta materia y que, en el Derecho español, encuentran su punto de partida en el artículo 16.1 del Código Civil, cuyos pilares básicos son: la remisión a las normas de Derecho Internacional Privado y la vecindad civil como punto de conexión de la ley personal.

La incorporación al Ordenamiento Jurídico español del Convenio de La Haya de 1996 supone un paso adelante en la protección de los menores que se ven inmersos en situaciones de internacionalidad, cada vez más frecuentes en una sociedad globalizada y caracterizada por la movilidad transnacional de las personas. A su vez, es una muestra más de cómo el Derecho internacional privado español se moderniza y responde a las exigencias actuales a través de la recepción de las normas internacionales.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

**NOTAS BIBLIOGRÁFICAS,
APUNTES Y CONVOCATORIAS
DESDE LAS DOS ORILLAS**

I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Catedrático de Derecho Internacional Público y RRII en la Universidad de Zaragoza

- ABARCA JUNCO, P.; ALONSO-OLEA GARCÍA, B. y otros, *Inmigración y Extranjería*, 3.^a edic., Colex, Madrid, 2010, 430 pp.
- APARICIO GÓMEZ, R., *Asociaciones de inmigrantes en España. Una visión de conjunto*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, 129 pp.
- BARBERO, I., *Las transformaciones del Estado y del Derecho ante el control de la inmigración*, Ikuspegi, Zarautz, 2010, 88 pp.
- BOZA MARTÍNEZ, D. y DONAIRE VILLA, D., *Comentarios a la reforma de la Ley de Extranjería (L.O. 2/2009)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 356 pp.
- BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. y PALIDDA, S., *Criminalización racista de los inmigrantes en Europa*, Comares, Granada, 2010, 400 pp.
- CORNELISSE, G., *Immigration detention and human rights: Rethinking territorial sovereignty*, Nijhoff, Leiden, 2010, 388 pp.
- ECRI (European Commission against Racism and Intolerance), *Cuarto Informe sobre España*, Council of Europe-Conseil de l'Europe, Estrasburgo, febrero de 2011, 60 pp.
- GARCÍA JUAN, L., *Las Comunidades Autónomas como gestoras de la Inmigración. Especial referencia al caso de Cataluña*, <http://www.gencat.cat/bsf/publica/>, 152 pp.
- GIL ARAÚJO, S., *Las argucias de la integración: Políticas migratorias, construcción nacional y cuestión social*, Icaria, Barcelona, 2010, 251 pp.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Migration and the Economic Crisis in the European Union: Implication for Policy*, Ginebra, 2010, 202 pp.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *The role of migrant care workers in ageing societies: Report on research findings in the United Kingdom, Ireland, Canada and the United States*, Ginebra, 2010, 79 pp.
- KHADER, B., *El mundo árabe explicado a Europa*, Icaria, Barcelona, 2010, 536 pp.
- MILLET-DEVALLE, A.S., *L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés. (Colloque Nice 17-18 juin 2010)*, UFR Institut du Droit de la Paix et du Développement, Université de Nice-Sophia, Niza, 2010, 290 pp.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O., *Un discurso sobre identidad, minorías y solidaridad*, Dykinson, Madrid, 2010, 180 pp.

REVISTA CATALANA DE DRET PÚBLIC, *Els camins del Dret Públic de l'Immigració*, n.º 40, 2010, 251 pp.

SEARA RUIZ, J.M., *La inmigración. Un fenómeno universal*, Dykinson, Madrid, 2010, 380 pp.

VIDAL DE MARTÍN, L., *Práctica contencioso-administrativa en materia de extranjería*, Dykinson, Madrid, 2010, 197 pp.

La reforma de la Ley Orgánica de Extranjería

MOYA, D. y AGUELO NAVARRO, P.

VIDAL FUEYO, M.C. (presentación y coordinación)

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, 127 pp.

[ÁNGEL G. CHUECA SANCHO,
Director Adjunto de la REDMEX]

En esta obra, tras la presentación de VIDAL FUEYO, se recogen las dos ponencias del coloquio realizado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales el 20 de mayo de 2010. Termina con un resumen del debate habido tras ambas ponencias, asimismo a cargo de la presentadora.

D. MOYA, Profesor de la Universidad de Barcelona y Subdirector del Instituto de Derecho Público de Barcelona, asiduo colaborador de esta REDMEX (ha estudiado entre otros temas) las políticas migratorias y la integración social, los derechos, la reagrupación familiar, entrada y residencia y sanciones.

El análisis de MOYA no se limita a los aspectos puramente jurídicos, también abarca (lo que sin duda resulta necesario) aspectos sociológicos y económicos. En su valoración remarca que la Ley «sitúa los mecanismos de integración en el centro del sistema de renovaciones contribuyendo al tránsito de un modelo objetivo vinculado al mercado laboral a un modelo que incorpora el componente de integración como criterio de progresión en el estatuto de extranjería. Esta tendencia sí que es novedosa y, aunque formulada de manera light (informes no obligatorios, ausencia de exámenes) transforma la lógica del sistema de gestión migratoria precedente» (p. 67).

El estudio del Director de esta REDMEX se inicia con las causas y objetivos de la reforma.

Destaca la incorporación de la doctrina constitucional, la transposición de las Directivas europeas, la nueva realidad migratoria, el favorecer la integración, etc. Aborda en la segunda parte las modificaciones más importantes. Desde el cimiento más sólido de la extranjería, que son los derechos humanos, se pregunta después AGUELO NAVARRO si era necesaria una reforma de la LOEX. Considera, asimismo, al Derecho Migratorio Europeo y al Derecho español como cada vez más represivos.

Finaliza su estudio con tres interrogantes (pp. 111-112):

- 1.^a ¿Puede esta reforma potenciar el racismo y la xenofobia, en un clima de crisis económica como el actual?
- 2.^a ¿Tiene esta reforma suficientemente en cuenta el respeto de los Derechos Humanos de todos y de todas?
- 3.^a ¿Ratificará España algún día la Convención de 1990 sobre los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, como decía expresamente el programa del partido en el Gobierno?

La Ley Orgánica 2/2009 operaba una nueva reforma de la Ley de Extranjería. Los autores, bien conocidos en este ámbito, realizaron sin duda un muy cuidado análisis de esta Ley.

No puedo terminar esta breve nota sin dar la enhorabuena a los autores, señalando que estamos ante una obra de imprescindible consulta para todos los extranjeristas (abogados, profesionales de Universidad, alumnos, otros operadores jurídicos). Los planteamientos efectuados (con los que coincido en un porcentaje muy elevado) me parecen originales y actuales, bien cimentados y contruidos. Planteamientos que hemos de estudiar para comprender mejor el Regla-

mento de la Ley Orgánica 2/2009, recientemente aprobado.

Derechos Fundamentales de los Extranjeros en España

JOVER CÓMEZ-FERRER, R.; ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S.
Lex Nova, Valladolid, 2010.

[ÁNGEL G. CHUECA SANCHO,
Director Adjunto de la REDMEX]

Este volumen, elaborado por tres letrados del Tribunal Constitucional, siendo el tercero de ellos además, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, sitúa de una manera panorámica los derechos de los extranjeros en el plano internacional y en el estatal español.

RIPOL, en los cuatro primeros capítulos, analiza en primer término la doble remisión de la Ley Orgánica de Extranjería al Derecho Internacional Público, incluyendo un muy sugestivo análisis en el que se demuestra que el ordenamiento internacional permite atemperar el principio de igualdad en la titularidad de los derechos fundamentales entre nacionales y extranjeros, obviamente en perjuicio de los segundos y en concreto en los derechos políticos.

El capítulo segundo aborda lo que podemos denominar el Derecho Internacional Público de la Extranjería. El estudio preferente del Convenio Europeo de Derechos Humanos sin duda está justificado, como demostramos en esta misma REDMEX a través de la crónica de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo.

Pero Santiago RIPOL no se limita a estos aspectos internacionales, sino que analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (ciertamente la conoce de primera mano) y la incorporación del derecho de la Unión Europea en nuestro ordenamiento. En el cuarto capítulo por escrito por él aborda el art. 10.2.º, de la Constitución Española y los ámbitos de coincidencia del Derecho Internacional y el Derecho Español de Extranjería (igualdad, desigualdad y valoración de los vínculos con la comunidad de acogida).

Los seis capítulos restantes (JOVER ha contribuido con los números cinco, siete y diez, co-

rrespondiendo los números seis, ocho y nueve a ORTEGA) analizan derechos concretos, como son el relativo a la educación, a la protección de la salud, los derechos en materia de trabajo y seguridad social, los de reunión, asociación, sindicación y huelga, el derecho a la tutela judicial efectiva y los de participación política. En sus análisis conjugan perfectamente tres elementos: El Derecho Internacional Público, el Derecho Español y la jurisprudencia constitucional; allí donde existe Derecho de la Unión Europea, por supuesto, también lo examinan.

En el panorama bibliográfico español de la extranjería ya hace tiempo que se echaba en falta una obra como ésta, con análisis teóricos y constitucionales tan interesantes, exhaustivos y bien perfilados. Como valor añadido recordaré que, en muchos casos, los autores realizan propuestas de futuro o lege ferenda.

Con una cuidada selección bibliográfica final, la obra (cuya lectura recomiendo vivamente a teóricos y prácticos, a los primeros para completar su formación, a los segundos para motivar mejor sus alegaciones) tiene numerosos valores o, si se prefiere, tan destacables virtudes como para convertirse en futuras ediciones en una obra de referencia en la esencial cuestión de los DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

Inmigración y crisis económica (Impactos actuales y perspectivas de futuro)

AJA, E.; ARANGO, J. y OLIVER ALONSO, J. (dir.)
Fundació ACSAR y otros, Barcelona 2011, 415 pp.

[ÁNGEL G. CHUECA SANCHO,
Director Adjunto de la REDMEX]

Aparece el Anuario de la Inmigración en España, de inestimable valor (como siempre), dedicado a abordar en profundidad los actuales impactos de la crisis sobre la inmigración y las perspectivas de futuro.

Los impactos de la crisis son estudiados mediante sendos análisis cualitativo (S. RINKEN), cuantitativo (M.G. CEA D'ANCONA) y local (R. SANAHUJA I VÉLEZ).

Su segunda parte **aborda crisis, inmigración y mercado de trabajo**, comenzando por un estudio sobre política de empleo del actual titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración, V. GÓMEZ. Se incluye a continuación un estudio del mercado laboral en 2009-2010 (J. OLIVER ALONSO), otro sobre inmigración y desempleo (C. NICODEMO y R. NICOLINI) y el último dedicado a los cambios en este ámbito entre 2007 y 2009 (I. GARCÍA PÉREZ y D. TRONCOSO PONCE)

¿Qué políticas para después de la crisis? Se preguntan desde planteamientos sociológicos y politológicos L. CACHON (algunas políticas mientras dure y cuando acabe la crisis), A. IZQUIERDO ESCRIBANO (del sueldo al arraigo) y R. ZAPATA-BARRERO (coherencia de las políticas públicas, interculturalidad y gobernanza multinivel).

En cuanto a **la Unión Europea**, D. CHICO revisa las políticas migratorias desarrolladas durante el semestre de la presidencia española. En el terreno legislativo y jurisprudencial se incluyen los estudios sobre las normas generales del Estado 2009-2010 (J. A. MONTILLA MARTOS y J. L. RODRÍGUEZ CANDELA), denegación de entradas y salidas obligatorias (I. GARCÍA VITORIA) y una crónica jurisprudencial tridimensional del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (M. DÍAZ CREGO).

Como indicaba al principio, sobresale el inestimable valor (el prestigio de sus autores es sin duda muy elevado) de esta obra que, con periodicidad exacta, pone sobre la mesa las dimensiones económica, laboral, sociológica y jurídica de un fenómeno tan complejo como la inmigración.

Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea

CHUECA SANCHO, Á.G. (coord.)

Editorial LEX NOVA, Valladolid, 2010, 290 págs.

[CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ,
*Profesora Titular de Derecho
Internacional Público y RRII*]

El trabajo titulado «Derechos humanos, Inmigrantes en situación irregular y Unión Europea»

constituye una obra de referencia indiscutible para todo profesional que quiera acercarse a la compleja relación entre Derechos humanos, Inmigrantes en situación irregular y Unión Europea. Estas tres cuestiones, ya por separado, son objeto de especial importancia en el mundo del Derecho en la actualidad. El acierto y complejidad de la obra se aprecia en el propio índice y estructura del trabajo estructurado en cinco partes, desglosadas en diferentes capítulos.

La Primera Parte «Inmigración irregular en el ámbito mediterráneo» sitúa al lector en la dimensión exterior de la inmigración en relación a diferentes áreas geográficas como son, entre otras, el África Subsahariana y Asia. La Segunda Parte, «Derechos humanos, Inmigración irregular y Organizaciones internacionales» tiene como contenido dos capítulos en los que los diferentes autores tratan el papel de organizaciones internacionales, especialmente relevantes en la materia de la obra, como son la OIM y la ONU. En relación a la labor de Naciones Unidas resulta especialmente destacable el análisis realizado en el Capítulo VI, por parte de la profesora Rodera Sanz. En este Capítulo puede estudiarse la evolución vivida desde la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos a la aprobación de la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios. La Parte III de la obra, núcleo fundamental del trabajo, plantea un análisis especialmente crítico y, por ello, especialmente necesario, de la política de inmigración en el ámbito de la UE; en opinión del profesor Chueca nos encontramos con un Derecho migratorio europeo cada día más incompatible con el Derecho internacional de los Derechos humanos. Este planteamiento, centrado en el ámbito de la UE se complementa con los trabajos de las Profesoras Terrádez Salom y Carmen Miguel Juan al centrar sus respectivos Capítulos en el ámbito del Consejo de Europa y, por parte de la profesora Carmen Miguel Juan, en el ámbito de uno de los regímenes cualificados de extranjería como es la protección de los refugiados.

El hilo conductor del trabajo resulta reforzado con el análisis de la Inmigración irregular y el Derecho español (Parte IV, Capítulos XI y XII) en los cuales como «trabajo de inmersión», de

forma especialmente detallada la profesora Rodríguez Vázquez, estudia la progresiva configuración del Derecho a la asistencia jurídica gratuita de los inmigrantes en el ordenamiento jurídico español. Este calificado «trabajo de inmersión» cierra igualmente la obra en cuya Parte V se recogen respectivos trabajos en los cuales se analiza el Derecho de Asilo.

El tema transversal de la obra junto a los temas específicos tratados en cada uno de los Capítulos, así como los planteamientos de los diferentes profesores participantes, determinan que, como señalábamos al principio, esta obra sea de necesaria referencia para toda persona que quiera acercarse, conocer y profundizar en una triple

realidad, claramente interrelacionada como es la protección de los derechos humanos de personas en situación irregular en el ámbito de la Unión Europea.

El acercamiento a esa compleja realidad viene determinado por la variedad de los temas analizados en las distintas partes; el conocimiento está garantizado por el rigor con el cual todos los participantes han expuesto sus valoraciones y críticas de los temas. Por último, la posibilidad de profundizar en los diferentes temas viene facilitada por el magnífico cuerpo de notas a pie de página que sin duda complementan y enriquecen la visión de todos los profesionales y expertos que colaboran en la obra.

II. JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

A CELEBRAR

**XXI Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo.
Nuevos ciudadanos, nuevos retos, nuevas soluciones**

1 al 4 de junio de 2011. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

CELEBRADAS

**Mesa redonda sobre el nuevo Reglamento de Extranjería:
autorizaciones de trabajo y aspectos laborales**

14 de abril de 2011. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

**Sesión 16 del Seminario Intermigra/Sedmex/Saoji
«El nuevo Reglamento de Extranjería»**

31 de marzo de 2011. Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

Aspectos y modificaciones recientes en torno al Derecho de Extranjería

4 de febrero de 2011. Ilustre Colegio de Abogados de Málaga

Extranjería y Derecho Penal

1 de diciembre de 2010. Ilustre Colegio de Abogados de Granada

Mujer inmigrante y violencia de género, aspectos jurídicos y sociales

11 y 12 de noviembre de 2010. Ayuntamiento de León

**Jornadas sobre aspectos actuales de los derechos y libertades de los extranjeros
en España y su integración social. La nueva Ley de Extranjería**

18 y 19 de octubre de 2010. Universitat Jaume I (Castellón)

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista de Derecho Migratorio y Extranjería publica, con una periodicidad cuatrimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho de Extranjería. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

- 1. Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: gloriasanchez@lexnova.es. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
- 2. Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
- 3. Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
- 4. Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
- 5. Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán las 40 páginas a doble espacio, numeradas correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del

autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:
 - a) LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.
 - b) ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
 - c) RECURSO DE INTERNET: <URL>.
7. **Jurisprudencia:** Los trabajos destinados a la Sección «Comentarios de Jurisprudencia», además de contar con el contenido recogido en los números 5 y 6 anteriores, deberán ir precedidos de la cita textual total o parcial (en los términos relevantes para el comentario) de los fundamentos de Derecho de la sentencia comentada.
8. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.