

revista de

DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA

LEX NOVA

REVISTA DE

Derecho Migratorio y Extranjería

Derecho de las personas en movimiento transnacional

CONSEJO ASESOR

María del Carmen Ainaga Vargas CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE VERACRUZ (MÉXICO). **Eliseo Aja Fernández** CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE BARCELONA. **Pilar Charro Baena** PROFESORA 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 SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO. **Javier de Lucas Martín** CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. **Fernando Mariño Menéndez** CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. UNIVERSIDAD CARLOS III. **Karen Musalo** ABOGADA Y PROFESORA DEL HASTINGS COLLEGE OF THE LAW. UNIVERSITY OF CALIFORNIA (USA). **Fernando Oliván López** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID. **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-Barrero** PROFESOR TITULAR DE CIENCIA POLÍTICA. UNIVERSIDAD POMPEU FABRA.

DIRECTOR (Coordinador)

Pascual Aguelo Navarro

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

DIRECTORES (Adjuntos)

Aurelia Álvarez Rodríguez

PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO. UNIVERSIDAD DE LEÓN.

Ángel G. Chueca Sancho

CATEDRÁTICO ACR. DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO Y RELACIONES INTERNACIONALES.
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA.

© LEX NOVA 2009

EDICIÓN

EDITORIAL LEX NOVA, S.A.

TELÉFONO

General Solchaga, 3 47008 Valladolid

FAX

983 457 038

E-MAIL

983 457 224

ISSN

clientes@lexnova.es

DEPÓSITO LEGAL

1695-3509

VA. 922-2002

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

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Lex Nova. 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.

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

Sumario:

[7] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

- [11] **I. Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración (julio 2008-junio 2009)**
DAVID MOYA MALAPEIRA
- [63] **II. El padrón municipal en la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España**
JOSÉ ZARAUZ
- [83] **III. Estatus jurídico de los ascendientes en el actual régimen comunitario: especial referencia a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge**
ALEJANDRO PEÑA PÉREZ

DOSSIER: LAS REFORMAS EN LAS LEYES DE EXTRANJERÍA Y ASILO

- [109] **I. La reforma de la Ley de Extranjería. Una visión crítica desde los derechos humanos (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)**
PASCUAL AGUELO NAVARRO
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
- [147] **II. La nueva Ley de Asilo (Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria)**
BEATRIZ ROMÁN LUJÁN

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [163] **Índice analítico de voces**
- [163] **Asilo**
- [174] **Expulsión**
- [181] **Derecho al trabajo**

- [189] **Permiso de trabajo**
- [197] **Derecho Penal**
- [203] **Homologación**
- [211] **Nacionalidad**
- [227] **Régimen comunitario**
- [254] **Constitucional**

CRÓNICAS LEGISLATIVAS:

- [261] **I. Crónica legislativa**
 - [261] **Fuentes internas**
 - [262] **Fuentes internacionales**
 - [263] **Fuentes de la Unión Europea**
- [265] **II. Europa en breve. Información semanal de la Delegación en Bruselas**

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS:

- [273] **I. Estudios jurídicos sobre migraciones internacionales en el mediterráneo.**
Tres revistas afines
PASCUAL AGUELO NAVARRO
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
- [281] **II. La política legislativa de inmigración en Québec y su reflejo en el Informe Bouchard-Taylor**
MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS:

- [307] **I. Notas bibliográficas**
- [317] **II. Jornadas sobre Extranjería**

Contents:

The **on-line** version of this collection has been selected by the CGPJ for being used by the members of the judicial career, it can be consulted in portaljuridico.lexnova.es.

[7] EDITORIAL

ARTICLES:

- [11] **I. Institutional Activity, bibliography and documentation in the field of the immigration (July 2008-June 2009)**
DAVID MOYA MALAPEIRA
- [63] **II. The local population census in the Organic Law of Reform of the Organic Law on Rights and Freedoms of the Foreigners in Spain**
JOSÉ ZARAUZ
- [83] **III. Juridical status of the ascendant relatives in the current community regime: special reference to Spanish citizen's ascendant relatives or of their spouse**
ALEJANDRO PEÑA PÉREZ

DOSSIER: THE REFORMS IN THE FOREIGNERS AND ASYLUM LAWS

- [109] **I. The reform of the Foreigners Law. A critical vision from the human rights (Organic Law 2/2009, of December 11, of Reform of the Organic Law 4/2000, of January 11, on Rights and Freedoms of the Foreigners in Spain and their social integration)**
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
PASCUAL AGUELO NAVARRO
- [147] **II. The new Law of Asylum (Law 12/2009, of October 30, governing the right of asylum and of the subsidiary protection)**
BEATRIZ ROMÁN LUJÁN

REPORTS OF JURISPRUDENCE:

- [163] **Analytic index of voices**
- [163] **Asylum**
- [174] **Expulsion**

- [181] **Right to work**
- [189] **Working license**
- [197] **Criminal Law**
- [203] **Recognition of qualifications**
- [211] **Nationality**
- [227] **Community regime**
- [254] **Constitutional**

LEGISLATIVE REPORTS:

- [261] **I. Legislative report**
 - [261] **Domestic sources**
 - [262] **International sources**
 - [263] **European Union sources**
- [265] **II. Europe in brief. Weekly information from the Delegation in Brussels**

RESEARCHS FROM BOTH SHORES:

- [273] **I. Juridical Studies on international migrations in the Mediterranean.
Three related magazines**
PASCUAL AGUELO NAVARRO
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
- [281] **II. The legislative immigration policy in Quebec and its reflection
in the Report Bouchard-Taylor**
MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

BIBLIOGRAPHICAL NOTES, BRIEFS AND NOTIFICATIONS:

- [307] **I. Bibliographical notes**
- [317] **II. Conferences about foreigners affairs**

EDITORIAL

En el último trimestre de 2009 se ha producido la aprobación de las dos importantes reformas operadas en el Derecho de extranjería y asilo: La nueva Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LOEX 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La nueva Ley de Asilo ha venido a renovar la regulación del refugio y asilo en España, introduciendo importantes novedades tanto respecto a los motivos de persecución de las personas que serán reconocidas como refugiados como al tipo de protección contemplado para los beneficiarios de protección subsidiaria. Sin embargo, esta Ley incluye conceptos ambiguos como el de «tercer país seguro» para justificar la denegación o inadmisión a trámite de una solicitud; además, mediante la denominada «protección subsidiaria» debilita a la misma Convención de Ginebra de 1951.

Es, asimismo, criticable (y posiblemente contrario a la Convención de Ginebra de 1951) el hecho de que la nueva ley haya excluido a los ciudadanos de la Unión de la posibilidad de solicitar asilo en España. Si bien esta posibilidad queda abierta con carácter excepcional, en el Protocolo n.º 24 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

En el caso de la LOEX, la necesaria adaptación a la nueva realidad migratoria y al Derecho migratorio europeo debiera haber servido para profundizar en el camino trazado por una notable jurisprudencia de nuestros tribunales en materia de arraigo social, régimen sancionador y normalización de los procedimientos administrativos de extranjería. Sin embargo, el diseño final adoptado en la LOEX vuelve a incidir en las viejas medidas represivas frente a las medidas integradoras; por ello mucho nos tememos que pueda augurarse un «corto recorrido» al texto aprobado, ya que, en nuestra opinión, el reto actualmente de las políticas migratorias no es precisamente el control de las entradas o control de fronteras, pues de ello ya se está encargando la coyuntura socioeconómica; el verdadero desafío presente de las políticas migratorias está en la capacidad de las sociedades europeas para regular adecuadamente la llegada de personas y principalmente la convivencia entre personas de muy diferentes orígenes y procedencias geográficas y culturales, que se encuentran ya presentes en el territorio español y europeo, que en muchos casos permanecen desde años y han venido para quedarse.

En nuestro criterio, ha sido pues una nueva ocasión perdida para aunar esfuerzos y construir un Derecho de extranjería sólido, jurídicamente razonable, basado en criterios y principios garantistas, firmes y coherentes y siempre respetuoso con los derechos humanos de todos y todas.

En este mismo número de la REDMEX se ha realizado un importante esfuerzo para presentar en el Dossier un amplio y urgente análisis de ambos textos legislativos, somos conscientes

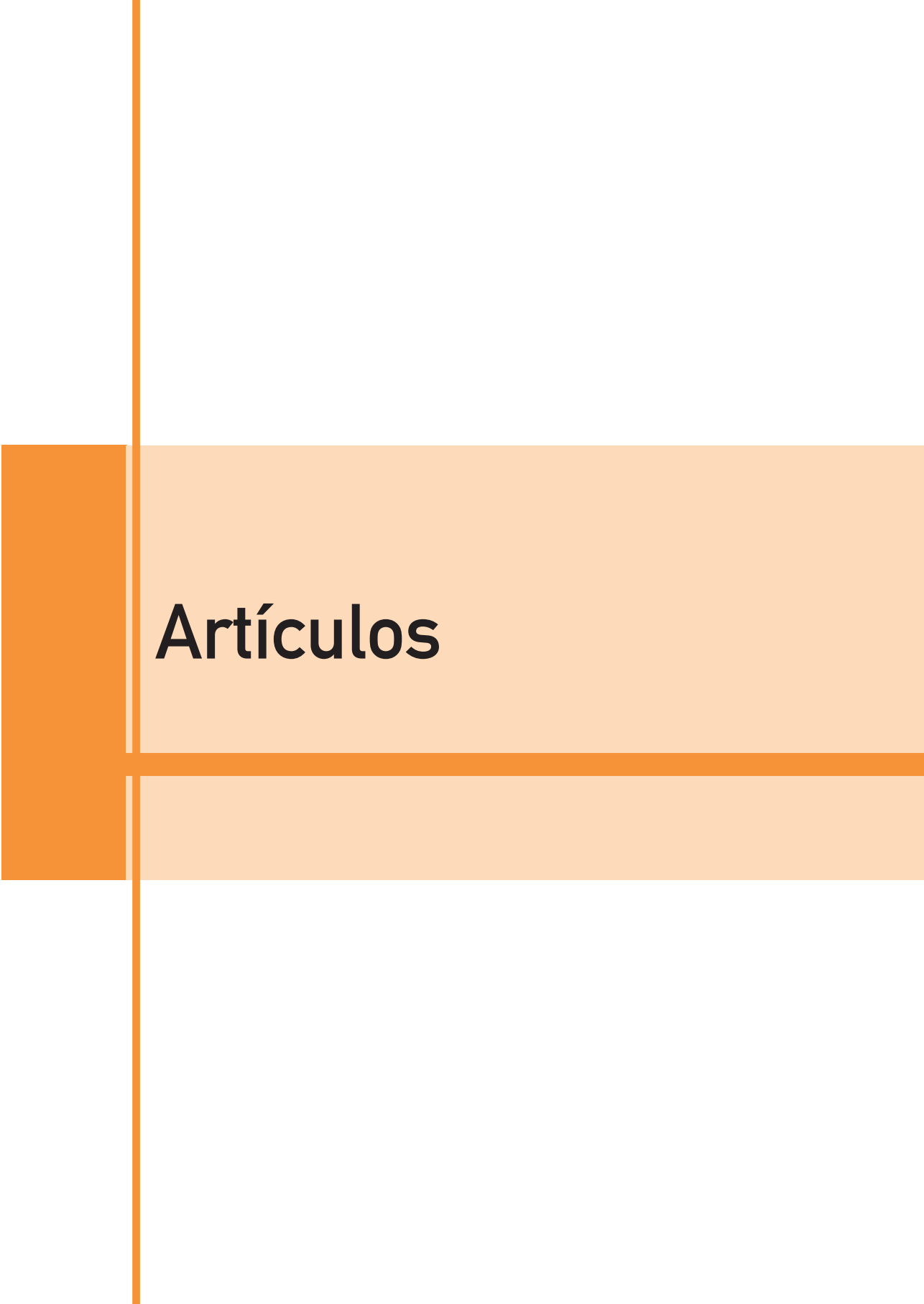
del carácter inicial de este esfuerzo y, por ello, este trabajo deberá ser proseguido en sucesivos números de la Revista con análisis más rigurosos y detallados de las importantes reformas introducidas en el Derecho de extranjería y asilo.

En este número 22 de la REDMEX damos también cuenta de la materialización de una notable iniciativa en el ámbito del análisis jurídico sobre migraciones internacionales en el Mediterráneo con la conformación de un pool de «Revistas Afines», formado por «DIRITTO, IMMIGRAZIONE E CITTADINANZA» Revista italiana promovida por la Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione e da Magistratura Democratica. «PLEIN DROIT», Revista francesa publicaba por GISTI (Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés) y Nuestra «REDMEX» Revista de Derecho Migratorio y Extranjería.

Haciendo un repaso del sumario de este número 22 de la REDMEX destacamos la cita anual del Grupo de Estudios de los Derechos de los Inmigrantes, Instituto de Derecho Público de la Universidad de Barcelona que elabora la Crónica 2009 de la Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la Inmigración, junto con dos artículos que la reforma de la LOEX coloca en la máxima actualidad: la nueva regulación del Padrón en relación con los nuevos vecinos y la problemática residencial de los ascendientes extranjeros de ciudadanos españoles. Entre los estudios es remarcable el trabajo elaborado sobre la política legislativa de inmigración en Québec.

Las habituales secciones legislativas, jurisprudenciales y bibliográfica completan el contenido de este intenso número de la REDMEX.

Sólo nos resta desear a todos y a todas una buena lectura de la REDMEX y el mejor 2010 en Derechos Humanos, igualdad y no discriminación.

The image features a minimalist design with a white background. A solid orange vertical bar runs along the left edge. A horizontal orange bar crosses the page, creating a header and a footer. The word "Artículos" is centered within the header bar.

Artículos

DAVID MOYA MALAPEIRA (coord.)

Grupo de Estudios de los Derechos de los
Inmigrantes, Instituto de Derecho Público¹,
Universidad de Barcelona
(e-mail: idp@pcb.ub.cat).

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración (julio 2008-junio 2009)

SUMARIO

I. La actividad institucional de las organizaciones internacionales de ámbito mundial. A) La actividad en el ámbito de inmigración de Naciones Unidas (ONU). B) El ACNUR y la protección de los refugiados. C) La labor de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). D) La Organización Internacional del Trabajo (OIT). E) El Banco Mundial (BM).

II. La actividad de las organizaciones internacionales de carácter regional europeo: el Consejo de Europa, la OCDE y la OSCE. A) La actividad del Consejo de Europa, y particularmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. B) La Organización para la Cooperación y el Desarrollo en Europa (OCDE). C) La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE).

III. La actividad institucional, normativa y jurisprudencial de la Unión Europea.

IV. Actividad institucional, legislación y jurisprudencia a nivel estatal.

La presente crónica pretende cubrir la actividad en materia de inmigración de las instituciones internacionales, comunitarias y nacionales durante el período comprendido entre el segundo semestre de 2008 y el primero de 2009². Al igual que en crónicas anteriores³, por un lado se

(1) El presente trabajo ha sido coordinado por MOYA, David, que, junto a AJA, Eliseo, CAICEDO, Natalia, DÍAZ, Celia, HERNÁNDEZ, Daniel y PELEGRÍ, Rocío, conforman el equipo de trabajo que ha elaborado las distintas secciones de este texto. Cualquier comentario u observación sobre éste puede dirigirse a idp@pcb.ub.cat.

(2) En las referencias documentales o bibliográficas se han respetado los títulos en la lengua original, si bien en la medida de lo posible se han incluido en su versión en castellano si ésta estaba disponible. Igualmente, para facilitar la lectura y localización de los documentos se ha intentado incluir un [link](#) a la página web donde estos documentos se encuentran albergados. Excepcionalmente, se incluirán referencias a documentos adoptados fuera del período analizado con el fin de contextualizar mejor la actividad de las instituciones objeto de la presente crónica.

(3) MOYA MALAPEIRA, D., CAICEDO, N. y DÍAZ MORGADO, C.: «Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración (2007-2008)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 23, oct-dic. 2008. MOYA, David: «Actividad institucional, Bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración (enero 2006-junio 2007)», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 16, noviembre de 2007, pp. 9-46.

ofrecerá un muy sucinto repaso de las novedades normativas y jurisprudenciales de este período y por otro se intentará prestar atención a otros documentos de referencia (informes, estudios, comunicaciones a congresos, documentos preliminares, etc.) que, además de ayudarnos a interpretar o contextualizar las normas anteriores, proporcionan una imagen de conjunto más rica y sugerente respecto de la actividad de las instituciones y de las grandes líneas de debate actuales en materia de inmigración. Como suele ser inevitable en toda selección, ésta parte de una valoración subjetiva de cuáles son las cuestiones y documentos más relevantes en cada período analizado.

I. LA ACTIVIDAD INSTITUCIONAL DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE ÁMBITO MUNDIAL

A) La actividad en el ámbito de inmigración de Naciones Unidas (ONU)

La actividad de la ONU en materia de inmigración se aglutina en torno a la labor realizada por la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos (especialmente de su Comité para los Trabajadores Migratorios) y, en menor medida, la División de Población.

La Asamblea General de Naciones Unidas sigue prestando atención al fenómeno migratorio a través de una serie de resoluciones e informes. Respecto a las resoluciones hay que destacar la referente a la protección de los migrantes⁴. Asimismo, se han realizado numerosos informes en diferentes temas de relevancia; así tenemos en el ámbito de tráfico de personas⁵, racismo⁶ o la violencia contra las mujeres trabajadoras migrantes⁷. Entre las resoluciones de la Asamblea General adoptadas a instancia de ACNUR o que incorporan propuestas de esta institución (muchas veces a partir de informes previamente solicitados por la misma Asamblea General), debe destacarse: en primer lugar, la *Resolución A/RES/63/148 sobre la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*⁸, en la que la Asamblea General demandaba una acentuación de la cooperación tanto interestatal como entre organizaciones, para movilizar recursos suficientes para abastecer el gran número de situaciones prolongadas; en segundo lugar, la *Resolución A/RES/63/184⁹, sobre protección de los inmigrantes*, en la cual se reitera a los Estados la obligación de cumplir con los Tratados Internacionales de los cuales forman parte, es-

(4) *Protection of migrants*; A/RES/63/184, 17 March 2009; cit. *infra*.

(5) *Trafficking in persons, especially women and children*; A/64/290, 12 August 2009; <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/No9/456/04/PDF/No945604.pdf?OpenElement>.

(6) *Global efforts for the total elimination of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance and the comprehensive implementation of and follow-up to the Durban Declaration and Programme of Action*; A/64/309, 19 August 2009; <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/No9/486/85/PDF/No948685.pdf?OpenElement>. *Contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance*; A/64/295, 17 August 2009; <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/No9/486/85/PDF/No948685.pdf?OpenElement>.

(7) *Violence against women migrant workers*; A/64/152, 16 July 2009; <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/No9/407/43/PDF/No940743.pdf?OpenElement>.

(8) <http://www.acnur.org/biblioteca/7011.pdf>.

(9) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7077.pdf>.

Actividad institucional, bibliografía y documentación (julio 2008 - junio 2009)

pecialmente aquellos en materia de Derechos Humanos tras constatar violaciones de éstos, en particular en los ámbitos de la trata de migrantes, especialmente de mujeres y niños. En tercer lugar, la *Resolución sobre protección y asistencia para los desplazados internos* (A/RES/62/153¹⁰), en la que se solicita apoyo a los Estados para que, mediante el diálogo con el Representante del Secretario General, éste pueda hacer un trabajo de investigación sobre las razones del desplazamiento interno y la búsqueda de soluciones duraderas para prevenir y erradicar dichos desplazamientos, especialmente con relación a los colectivos más vulnerables, como niños, mujeres, personas con discapacidad o personas mayores. Finalmente, pueden destacarse dos resoluciones relativas a la asistencia a los refugiados, repatriados y personas desplazadas en África: la A/RES/62/125¹¹, de principios de 2008, y la Resolución A/RES/63/149¹², de principios de 2009, ambas basadas en las propuestas del ACNUR e incluso directamente en las conclusiones adoptadas en el 58.º período de sesiones del Comité Ejecutivo, donde se reafirma la responsabilidad de la comunidad internacional en la protección de estos colectivos, y muy destacadamente de los niños en situación de riesgo, como sector más vulnerable, reiterando la necesidad de aumentar las ayudas y la protección a éstos.

El Consejo de Derechos Humanos también presta atención al fenómeno migratorio. En el seno del Consejo existen órganos especializados instituidos por los diversos tratados para garantizar su supervisión y cumplimiento, algunos de ellos admiten demandas individuales y en sus informes abordan los derechos de los inmigrantes. Así, podemos citar alguna decisión que el Comité de Derechos Humanos, en su labor de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha adoptado. Por ejemplo, tenemos la Comunicación núm. 1589/2007, de 20 de noviembre de 2008¹³, *F.M. v. Canadá*, sobre la concesión del estatuto de asilado de nacionales mexicanos y el agotamiento de los recursos internos (el simple hecho de dudar de la eficacia de los recursos internos no exime al autor de una comunicación de la obligación de agotarlos); Comunicación núm. 1578/2007, de 30 de octubre de 2008¹⁴, *Javed Dastgir v. Canadá*, sobre una solicitud de asilo basada en persecución por motivos religiosos; Comunicación núm. 1442/2005, de 23 de octubre de 2009, *Yin Fong, Kowk v. Australia*¹⁵, sobre una deportación a China y la consiguiente aplicación de la pena de muerte; también pueden citarse la Comunicación núm. 1494/2006, de 22 de julio de 2008, *Arusjak Chadzjian v. Países Bajos*; Comunicación núm. 1540/2007, de 30 de octubre de 2008, *Mahmoud Walid Nakrash and Liu Qifen v. Suecia*. Además, tenemos que destacar las observaciones realizadas por el Comité de Derechos Humanos al informe presentado por España con arreglo al artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶ (CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009).

(10) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7032.pdf>.

(11) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7035.pdf>.

(12) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7031.pdf>.

(13) CCPR/C/94/D/1580/2007, 20 de noviembre de 2008.

(14) CCPR/C/94/D/1578/2007, 30 de octubre de 2008.

(15) CCPR/C/97/D/1442/2005, 23 de octubre de 2009.

(16) CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009. El Comité expresó su preocupación en dos asuntos importantes relacionados con la materia migratoria en España. El primer asunto versa sobre las informaciones relativas a la situación de los niños no acompañados que llegan al territorio español y son repatriados sin que se tenga en cuenta el interés superior del niño; según dice el Comité, estos niños parecen ser víctimas de malos tratos en los centros de acogida, y a veces son detenidos

El Comité para los Trabajadores Migratorios, que vela por el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, durante los meses de noviembre de 2008 y abril de 2009 celebraba su novena y décima sesión, donde, entre otros asuntos, se valoraron los informes de Estados Parte de acuerdo con el artículo 74 de la Convención (concretamente, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Colombia, El Salvador y Filipinas)¹⁷.

Por último, el Relator Especial para los Derechos Humanos de los Inmigrantes, D. Jorge Bustamante, presentó diversos informes. Así, podemos mencionar el informe del Relator Especial sobre los derechos de los migrantes en Guatemala¹⁸, de los derechos de los migrantes en México¹⁹, así como otro informe relativo a las actividades llevadas a cabo por éste durante el 2008, prestando atención a la protección de los menores en el contexto de la inmigración²⁰; también podemos citar el informe relativo a las comunicaciones enviadas a los Gobiernos de diferentes países en cuanto a diferentes aspectos de la protección efectiva de los derechos de los migrantes y las respuestas recibidas por parte de éstos²¹.

De la actividad en el seno de Naciones Unidas sobresale con especial fuerza este año el *Informe sobre Desarrollo Humano*²². En las conclusiones de este informe, además de cuestionar algunos de los conceptos erróneos más generalizados en materia de migraciones, se propone un paquete esencial de reformas a partir de la integración de estrategias de desarrollo más generales con políticas migratorias a partir de seis «pilares»: 1) Abrir los canales de entrada disponibles para más trabajadores, especialmente aquellos con menos cualificación; 2) Garantizar derechos humanos básicos para los migrantes, desde servicios como educación y salud hasta el derecho a voto; 3) Reducir los costos de transacción de la migración; 4) Encontrar soluciones conjuntas que beneficien tanto a las comunidades de destino como a los migrantes; 5) Facilitar la migración interna; 6) Incorporar la migración a las estrategias de desarrollo de los países de origen. Respecto de la migración internacional, el informe no sugiere una liberalización generalizada pero sostiene que existen argumentos a favor de aumentar el acceso en sectores de gran demanda laboral, incluso para trabajadores con bajas calificaciones, en particular hacia países desarrollados donde la población está envejeciendo. Por otro lado, facilitar el acceso y reducir el

en locales de la policía y de la guardia civil sin disponer de asistencia letrada ni ser presentados rápidamente ante un juez. También el Comité expresó su preocupación por las informaciones según las cuales la supervisión judicial de las peticiones de asilo se limitaba a un nuevo trámite, y algunas decisiones relativas a la detención y la expulsión de extranjeros eran arbitrarias (artículo 13 del Pacto); en este sentido, el Comité expresa que el Estado Parte debería velar por que el proceso de adopción de decisiones relativas a la detención y expulsión de extranjeros respete plenamente el procedimiento previsto por la ley, y por que en el procedimiento de concesión de asilo puedan invocarse siempre motivos humanitarios.

(17) *Report of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*; A/64/48; <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/448/62/PDF/G0944862.pdf?OpenElement>.

(18) *Mission To Guatemala (24 to 28 March 2008)* A/HRC/11/7/Add.3 18 March 2009; <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/124/99/PDF/G0912499.pdf?OpenElement>.

(19) *Mission To Mexico (9-15 March 2008)* A/HRC/11/7/Add.2 24 March 2009; <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/125/76/PDF/G0912576.pdf?OpenElement>.

(20) A/HRC/11/7 14 May 2009; <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/132/23/PDF/G0913223.pdf?OpenElement>.

(21) *Communications sent to governments and replies received* A/HRC/11/7/Add.1 20 May 2009; <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/133/38/PDF/G0913338.pdf?OpenElement>.

(22) Una consulta a este informe puede verse en: <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2009/>.

costo de los documentos oficiales son otras dos medidas importantes para reducir las barreras a la migración regular. Para el informe, racionalizar el excesivo papeleo ayudará a poner freno al flujo de migrantes irregulares, puesto que sostiene, la gente encontrará más fácil y barato usar los canales legales. Igualmente, el informe también insta a los países receptores a tomar medidas para poner fin a la discriminación de los migrantes, abordando las inquietudes de los residentes locales y generando una mayor concienciación sobre los derechos de los migrantes, además de trabajar en conjunto con los empleadores, los sindicatos y los grupos comunitarios para luchar contra la xenofobia.

También en materia de migraciones, la Conferencia de la ONU sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) afirmó que el creciente desempleo resultante de la recesión global está deteniendo los flujos de trabajadores migrantes y que muchos están regresando a sus países²³; desde la UNCTAD se sostuvo la idea de que se pueden tomar medidas a nivel nacional e internacional para lograr que la migración laboral sea un instrumento para superar la crisis financiera global y se señaló que los sectores de la construcción y manufacturas, que emplean numerosos migrantes, figuran entre los más afectados. Además, se afirmó que hay una «gran necesidad» de acuerdos multilaterales, incluyendo dentro de la Organización Mundial del Comercio (OMC), para asegurar que la migración contribuya al desarrollo y que los conocimientos y la tecnología favorezcan las economías de los países de donde emigran los trabajadores.

En septiembre del 2009 la *Iniciativa de la ONU contra la Trata de Personas* (UN.GIFT) advirtió de que los traficantes explotan la crisis económica para aumentar sus operaciones delictivas entre las personas desesperadas por la falta de empleo. Los representantes de UN.GIFT afirmaron que la pobreza incrementa la vulnerabilidad económica de millones de personas a ser explotadas sexual o laboralmente; desde la OSCE se explicó que al desempleo se suma la reducción drástica de las remesas de los trabajadores migrantes, lo que crea situaciones extremas en las que, ante la falta de alternativas viables, las personas tienden a asumir mayores riesgos²⁴.

Se ha de destacar, igualmente, que durante el 2009 Filipinas se convirtió en el segundo país del mundo designado formalmente como una nación de tránsito para los refugiados en riesgo, según un acuerdo firmado por el Gobierno filipino y la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR). Según el pacto, del que también es signataria la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), los refugiados en peligro podrán permanecer hasta seis meses en territorio filipino, mientras son reubicados en un tercer país. En marzo pasado, Rumanía firmó con el ACNUR el primer acuerdo de este tipo²⁵.

B) El ACNUR y la protección de los refugiados

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que ha aumentado a 78 miembros²⁶, ha abordado una reforma estructural y administrativa basada en una

(23) <http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=11818&intlItemID=1634&lang=1>.

(24) http://www.acnur.org/index.php?id_pag=8976.

(25) <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/46822d01d.pdf>; <http://www.unhcr.org/49ba623f2.html>.

(26) Ha aumentado en 2 miembros en este período, véase la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/63/146 (<http://www.acnur.org/biblioteca/7030.pdf>).

mayor descentralización y regionalización de su organización interna, a fin de atender mejor las necesidades de los beneficiarios de este organismo. De hecho, la preocupación por la situación de los refugiados cuya condición se mantiene estática en el tiempo ha sido, junto con los desplazamientos internos en contexto urbano, objeto de especial atención en el período aquí estudiado, hasta el punto de centrar la atención de la sesión plenaria del Comité Ejecutivo del ACNUR, enervar una Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas²⁷, y centrar su Diálogo anual y una iniciativa específica en esta materia.

En efecto, en su 59.^a Sesión Plenaria del Comité Ejecutivo celebrada en 2008 (la número 108) se alcanzó una *Conclusión General sobre Protección Internacional*²⁸, se reiteró el llamamiento a la colaboración y cooperación entre los Estados y el ACNUR, con el fin de brindar especial atención a niños y mujeres, así como a la obligación de respetar el principio de no devolución. Además, en su 59.^a Sesión Plenaria, el Comité Ejecutivo, además de demandar la colaboración de Estados y ONG²⁹, recogía en su informe el presupuesto del año siguiente, en el que desglosaban 22 programas supletorios (cada uno con su propio presupuesto) a acometer por el ACNUR. En dicho informe, el Alto Comisionado informaba de los compromisos adoptados y los progresos realizados, a la vez que pedía una reflexión sobre diferentes maneras de responder a los desplazamientos internos forzados y su afectación al cambio climático, sin dejar de reiterar la urgente necesidad de proveer de protección a los grupos vulnerables (mujeres, niños, apátridas ...).

Como decíamos, la preocupación por las situaciones de refugiados prolongadas en el tiempo han centrado la celebración del *Diálogo del Alto Comisionado sobre los Desafíos en Materia de Protección 2008* (10 y 11 de diciembre de 2008), entre los documentos preparatorios del cual se incluían una serie de compromisos orientativos³⁰, así como la necesidad de lograr acuerdos sobre estrategias y actividades para llevarlos a cabo, destacando la repatriación voluntaria (solución más factible para situaciones de refugiados prolongadas) o la reintegración sostenible en un tercer país. Poco menos de un mes tras la celebración del Diálogo, el ACNUR publicaba una *Iniciativa Especial sobre las Situaciones Prolongadas*³¹, que recogía y actualizaba los resultados extraídos del diálogo, dando una visión general y un plan de acción común, detallado por regiones prioritarias (Afganistán, Bangladesh, Sudán, Serbia y Tanzania).

Más allá de la actividad que realiza el ACNUR sobre el terreno, y cuya descripción excede el ámbito de este trabajo, son de destacar algunas actuaciones dirigidas a impulsar o a reforzar la protección de los refugiados en el mundo. Así, el Alto Comisionado elaboró un informe en junio de 2008, *Nota sobre Protección Internacional*³², en el que analiza la situación de los refugiados a través de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (derecho a buscar y disfrutar del asilo, derecho a una nacionalidad, derechos de los refugiados, etc.) y los principios que ésta contiene; a partir de esta Nota, la Asamblea General de Naciones

(27) Resolución A/RES/63/148 sobre la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, cit. *supra*.

(28) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6800.pdf>.

(29) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6798.pdf> (A/AC.96/1063).

(30) SITUACIONES DE REFUGIADOS PROLONGADAS. Un documento de discusión preparado para el Diálogo del Alto Comisionado sobre los Desafíos en Materia de Protección 2008 (<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6915.pdf>).

(31) Protracted Refugee Situations. High Commissioner's Initiative. (<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6805.pdf>).

(32) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6556.pdf> (A/AC.96/1053).

Actividad institucional, bibliografía y documentación (julio 2008 - junio 2009)

Unidas adoptó su Resolución A/RES/63/184 urgiendo a los Estados a dar cumplimiento a éstos en su práctica en esta materia³³. En una perspectiva más regional, puede destacarse la adopción por el ACNUR de un *Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina*³⁴, que constituye un documento de referencia pues en él se refleja el esfuerzo realizado para abordar la crisis humanitaria de Colombia, que constituye el primer país en el ranking de población desplazada asistida o protegida por el ACNUR, seguida de Irak y de la República Democrática del Congo. De la misma manera, la participación del ACNUR en la Conferencia Ministerial sobre el Proceso Euroafricano sobre Migración y Desarrollo, celebrada en París los días 20 y 21 de octubre de 2008, le permitió ofrecer una serie de recomendaciones³⁵ y propuestas respecto de la migración legal, la migración irregular y la relación entre migración y desarrollo; las propuestas van desde el apoyo a la integración de los inmigrantes por parte de las instituciones estatales hasta extender a los refugiados los beneficios de la migración legal, pasando por el reconocimiento y el respeto de los derechos específicos de cada colectivo. Desde la perspectiva española, destaca la publicación por el ACNUR en abril de 2009 de un informe titulado *Refugee protection and international migration: a review of UNHCR's role in the Canary Islands, Spain*³⁶, con estimaciones sobre el número de inmigrantes recibidos por las Islas Canarias en 2008 (unos 8.300), así como recomendaciones al Gobierno español sobre la actuación a seguir en estos casos, destacadamente la protección de los menores, la necesidad de mayor coordinación interna, el fortalecimiento de las relaciones internacionales, etc.

Entre las publicaciones del ACNUR, encontramos las tradicionales publicaciones anuales, que siguen constituyendo un elemento de referencia en esta materia: *Global Trends*, *Global Report* y *Global Appeals*.

En el informe estadístico elaborado por el propio ACNUR titulado *Global Trends 2008*³⁷ (Tendencias Globales 2008), se actualiza la cifra de personas refugiadas, solicitantes de asilo y desplazados internos en el mundo a 42 millones, de los cuales 16 millones son refugiados y solicitantes de asilo, mientras 26 millones son desplazados internos. A pesar de que dicha cifra supone una reducción de alrededor de 700.000 personas respecto a 2007, el propio ACNUR adelanta que los movimientos generados en 2009 –y no recogidos en dicho informe– probablemente devolverán a una situación semejante a la anterior, con la desventaja de que en 2008 se constató también una reducción del 34% en el retorno de desplazados internos y del 17% en la repatriación de los refugiados.

Desde una perspectiva más cualitativa, el *Global Report 2008*³⁸ apunta algunos logros y cambios en la situación de las personas merecedoras de protección por regiones. En Europa, se estima que el mayor número de inmigrantes irregulares provienen de los países del sureste europeo o

(33) La Resolución A/RES/63/184 sobre protección de los inmigrantes, cit. *supra*, en la que se reitera a los Estados la obligación de cumplir con los Tratados Internacionales de los cuales forman parte, especialmente aquellos en materia de Derechos Humanos.

(34) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3016.pdf>.

(35) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6687.pdf>.

(36) <http://www.unhcr.org/4a1d2d7d6.html>.

(37) <http://www.unhcr.org/4a375c426.html>.

(38) <http://www.unhcr.org/gro8/index.html#/home>.

de la zona báltica, para constatar no obstante que los mayores retos del ACNUR en Europa eran: primero, enfrentarse a actitudes racistas o xenófobas –acentuadas por la actual crisis financiera– y segunda, el acceso de ayuda humanitaria a los países del Cáucaso. Además, como apunte, cabe añadir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló contra la práctica de algunos Estados (en concreto, contra el Reino Unido³⁹) de limitar o restringir el acceso de inmigrantes, por incumplimiento de la obligación internacional de brindar protección a estos colectivos, teniendo en cuenta como principal y decisivo documento de Naciones Unidas el *UNHCR Position on the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Sri Lanka*⁴⁰.

Por último, respecto a los programas y estrategias del ACNUR se hace eco el *Global Appeal 2009 Update* (Actualización de los Programas y Estrategias del ACNUR en 2009)⁴¹, especialmente de los cambios introducidos al *Global Appeal 2008-2009*⁴², a raíz de la situación general de Colombia, América Latina y América del Norte y el Caribe. La actualización se centra básicamente en la repatriación y reintegración –que continúan siendo aspectos centrales del trabajo del ACNUR a través del retorno voluntario y la regularización de la situación de los refugiados en el país o región de origen–, las migraciones mixtas, donde los fenómenos de desplazamiento no pueden identificarse con un solo concepto del binomio desplazamiento/emigración, y el desplazamiento en contextos urbanos, derivado principalmente del incremento de población rural desplazada a las grandes ciudades, siendo Damasco, en la República Árabe de Siria, un ejemplo particularmente destacable. De hecho, la creciente atención sobre el fenómeno de los desplazados en contextos urbanos ha conducido a dedicarle el *Diálogo 2009* previsto para los días 9 y 10 de diciembre de ese año en Ginebra.

Otras publicaciones de interés en este período han sido *La protección de los Refugiados y el Papel del ACNUR*⁴³ (2009), *Manual del ACNUR para la protección de Mujeres y Niñas*⁴⁴ (enero de 2008), *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor (DIS)*⁴⁵ (mayo de 2008) y *Evaluación de las necesidades globales*⁴⁶ (Informe piloto, octubre de 2008), *Evaluation of UNHCR's efforts to prevent and respond to sexual and gender-based violence in situations of forced displacement*⁴⁷ (octubre de 2008), *A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions (4th edition)*⁴⁸ (agosto de 2009), *Refugee Protection and Human Trafficking: Selected Legal Reference Materials, First Edition*⁴⁹ (diciembre de 2008).

(39) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=32795410&skin=hudoc-en> (caso de NA. v. The United Kingdom, de 17 de julio de 2008).

(40) <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/459a1fcb2.pdf>.

(41) <http://www.unhcr.org/gao9/index.html>.

(42) <http://www.unhcr.org/gao8/index.html>.

(43) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7029.pdf>.

(44) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7137.pdf>.

(45) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7126.pdf>.

(46) <http://www.unhcr.org/48ef09a62.html> (Global Needs Assessment Pilot Report: Refugee realities).

(47) <http://www.unhcr.org/48ea31062.html>.

(48) <http://www.unhcr.org/3d4ab3ff2.html>.

(49) <http://www.unhcr.org/4986fd6b2.html>.

C) La labor de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)

Siguiendo la tendencia de la última década, la OIM⁵⁰ ha seguido no sólo en número de miembros, sino también en proyectos, oficinas y personal. En la actualidad forman parte de la OIM 127 Estados miembros y 93 Observadores, entre los cuales se encuentran 17 Estados y 76 organizaciones internacionales⁵¹. Tal y como anunciamos en la crónica anterior, el 18 de junio de 2008 fue elegido por un período de cinco años como Director general, el Sr. William Lacy Swing⁵², quien tomó posesión del cargo en octubre de 2008 con un discurso centrado en la importancia de los nuevos ámbitos de investigación en migraciones así como en las posibles implicaciones que la crisis económica y financiera en ciernes pudiera tener sobre las migraciones, enfatizando ante el Consejo de la OIM que sus próximas actuaciones al frente de este organismo OIM irían dirigidas a evaluar las consecuencias de la crisis financiera, tanto en términos económicos (consecuencias de la disminución de remesas en los países de origen, por ejemplo) como sociales, en términos de posible estigmatización de los inmigrantes. Con este diagnóstico, la orientación de las actuaciones de la OIM se dirigiría a la prevención de estas situaciones y al fortalecimiento de una opinión pública equilibrada en relación a los inmigrantes, informando al público sobre las contribuciones de éstos a la vida económica, social y cultural de sus países, y también haciendo especial hincapié en el respeto de los derechos humanos.

Del amplio abanico de actividades emprendidas por la OIM y que incluyen desde la asesoría a los Estados miembros y otras organizaciones internacionales, a la realización de estudios empíricos y normativos relacionados con las migraciones, pasando por la celebración de múltiples talleres y seminarios, cabe destacar el funcionamiento durante 2008 del «Fondo 1035»⁵³, que ha continuado sirviendo al desarrollo de numerosos proyectos sobre migraciones laborales, salud y migración, lucha contra la trata de personas y sistemas de gestión de la migración⁵⁴ en países en vías de desarrollo. Si dejamos de lado la actividad de asistencia a la gestión para centrarnos en la labor investigadora y orientadora de las políticas migratorias también asumida por esta organización, pueden destacarse algunos informes y publicaciones relevantes, que además reflejan esa amplitud de actuación.

Así, por ejemplo, para orientar las políticas migratorias y la gestión de la inmigración de los Estados, la OIM ha dedicado importantes esfuerzos a recopilar y analizar datos fiables sobre

(50) La Organización Internacional de las Migraciones (OIM) es una organización intergubernamental de carácter internacional creada en 1951, consagrada a prestar a los Estados miembros asesoramiento y servicios en materia de inmigración; tiene la voluntad de constituirse en un foro para el intercambio de opiniones y experiencias, fomentar la cooperación y la coordinación en la materia y garantizar así un traslado organizado de refugiados, desplazados y migrantes.

(51) En el siguiente enlace puede verse un resumen de la situación de la OIM (Estados miembros, gastos, proyectos) http://www.iom.ch/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published_docs/books/iomfolder_spa/facts_figures_es.pdf. Para un mayor detalle ver el informe financiero de 2008 disponible en http://www.iom.ch/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/es/council/98/MC_2277.pdf.

(52) Resolución del Consejo núm. 1167 (XCV) del 18 de junio de 2008.

(53) Creado en el año 2001 mediante la Resolución del Consejo núm. 1035, de 29 de noviembre de 2000, el «Fondo 1035» se destina al desarrollo de proyectos en Estados miembros de la OIM en vías de desarrollo o con una economía en transición para proporcionarles un apoyo especial en el desarrollo y ejecución de proyectos de la OIM y hacer frente con él a determinadas áreas de gestión de la migración.

(54) La lista de proyectos anuales que han sido desarrollados por la OIM puede consultarse en www.iom.it/1035/projectlist.htm.

migración, así como a efectuar recomendaciones para los Estados miembros sobre la correcta gestión de la inmigración, entre las cuales: «*Indigenous Routes: A Framework of Understanding Indigenous Migration*», «*Introduction to basic counselling and communication skills: IOM training manual for migrant community leaders and Community workers*», «*Permanent or circular migration? Policy choices to address Demographic decline and Labour Shortages in Europe*», «*Addressing the irregular employment of immigrants in the European Union: Between Sanctions and Rights*», «*Assessing the Costs and Impacts of Migration Policy: An International Comparison*», «*International migration law and policies in the mediterranean context*», «*Documents: The Developer's Toolkit*» e «*Irregular migration from west Africa to the Magreb and the European Union: An Overview of Recent Trends*» (MRS núm. 32). Sobre el concepto de integración y las posibles políticas a adoptar para la correcta gestión de la integración «Los migrantes y la sociedad de acogida: Asociaciones acertadas» (Diálogo internacional sobre migración núm. 11). Con la finalidad de mejorar la información disponible sobre la migración, contribuir a una gestión mejor y facilitar la toma de decisiones en materia de políticas migratorias, la OIM ha publicado en 2009 una serie de perfiles migratorios sobre diversos países⁵⁵.

Entre otros ámbitos, las actividades de la OIM durante 2009 se centraron en la protección de los derechos humanos de los migrantes. Una prueba de ello es que la temática principal del Diálogo Internacional sobre la Migración de 2009 es «Los Derechos Humanos y la migración: empeño conjunto a favor de una migración protegida, digna y segura». En el seno de este Diálogo Internacional se han organizado dos talleres: «Respeto efectivo de los derechos humanos de los migrantes: una responsabilidad compartida» (25 y 26 de marzo de 2009) y «La trata de personas y la explotación de migrantes: garantizar la protección de los derechos humanos» (9 y 10 de julio). De hecho, el Diálogo Internacional sobre la Migración, que se inició en 2001 con la finalidad de contribuir a una mejor comprensión de las cuestiones migratorias y consolidar los mecanismos de colaboración entre Estados y otros actores, se ha consolidado como un importante foro de debate y discusión que favorece la cooperación y coordinación entre los distintos Estados miembros en temas y áreas en las que es necesaria una puesta en común de experiencias previas y políticas aplicadas⁵⁶.

La OIM ha continuado sus trabajos sobre migración y el medio ambiente con la publicación de «El cambio climático, la degradación del medio ambiente y la migración: ¿Qué hacer ante las circunstancias de vulnerabilidad de la población y cómo aprovechar las oportunidades de solventar el problema?», publicación en la que se incluye el informe de la Conferencia sobre «*Climate change, environmental degradation and Migration: Addressing vulnerabilities and harnessing opportunities*» celebrado en febrero de 2008 (Génova), así como la publicación de

(55) «Migration in the Russian Federation: A Country Profile 2008», «Migration in Albania: A Country Profile 2008», «Migration in Armenia: A Country Profile 2008», «Migration in the Republic of Azerbaijan: A Country Profile 2008», «Migration in Georgia: A country Profile 2008», «Migration in Greece: A Country Profile 2008», «Migration in Romania: A Country Profile 2008», «Migration in Bulgaria: A Country Profile 2008», «Migration in Ukraine: A Country Profile 2008», «Migration in Serbia: A Country Profile 2008», «Migration in the Black sea region: An Overview 2008», «Migration in Moldova: A Country Profile 2008», «Migration in Turkey: A Country Profile 2008», «Perfil migratorio de Argentina 2008», «Perfil migratorio de Ecuador 2008». Estos Perfiles se encuentran disponibles de forma gratuita en http://publications.iom.int/bookstore/index.php?main_page=index&language=es.

(56) En 2008, el Diálogo giró en torno al tema principal «Migración de retorno: retos y oportunidades», con dos talleres: «Encauzar la migración de retorno» (21 y 22 de abril de 2008) y «Alentar la función de retorno para fomentar el desarrollo» (7 y 8 de julio). Los talleres sirven para intercambiar impresiones y experiencias sobre la migración de retorno y examinar las diversas perspectivas y enfoques de la cuestión.

Actividad institucional, bibliografía y documentación (julio 2008 - junio 2009)

diferentes informes y estudios sobre el tema en la Serie de Estudios de la OIM sobre Migración, entre los que destacan *Migration et changements climatiques*» (MRS núm. 31) y «*Climate change and migration: Improving methodologies to estimate flows*» (MRS núm. 33).

La lucha contra la trata de personas y la inmigración clandestina continúa siendo un tema de central interés para la OIM. Durante el período 2008-2009 ha promovido estudios tanto cuantitativos como cualitativos sobre la trata de personas, con el fin de analizar las tendencias, las causas y las consecuencias de este fenómeno, así como la estructura, motivaciones y funcionamiento de las organizaciones delictivas que se dedican a tal actividad. Son de este período las publicaciones «*In Pursuit of the Southern dream: Victims of necessity-assessment of the irregular movement of men from East Africa and the Horn to South Africa*»⁵⁷, estudio en el que se estima que la magnitud de estos concretos flujos se sitúa en alrededor de 17.000 a 20.000 hombres al año, lo que supone unos beneficios de entre 34 y 40 millones de dólares USA. Respecto a la necesidad de adoptar una correcta y eficaz asistencia a las víctimas de trata de personas debe destacarse «*Caring for Trafficked persons: Guidance for health providers*»⁵⁸.

Como se ha apuntado en otras ocasiones, las relaciones entre migración y desarrollo ocupan cada vez mayor interés entre la comunidad internacional, tal y como demuestran el establecimiento del Diálogo de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre la Migración Internacional y el Desarrollo o la creación del Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo. La OIM no es una excepción a esta tendencia, pues, como en años anteriores, encontramos múltiples publicaciones sobre el tema: «*Migration and Development: Achieving Policy coherence*» (MRS núm. 34), «*Migration, Development and Environment*» (MRS núm. 35), así como «*Migration and Development: Perspectives from the South*», «*Situation report on international migration in East and South-East Asia: Regional thematic working group international migration including human trafficking*» en el que también se hace referencia a la trata de personas y «*Migration and Development Within and Across Borders: Research and Policy Perspectives on Internal and International Migration*», resultado de una reunión de expertos organizada conjuntamente por el Consejo de Ciencias Sociales Research (SSRC), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Comité Económico y Social Research Council (ESRC) y el Centro de Política Migratoria y la sociedad (COMPAS).

Finalmente, la cuarta edición del Informe sobre las migraciones en el Mundo, 2008, publicado ese mismo año y subtítulo *Encauzar la movilidad laboral en una economía mundial en plena evolución*, aborda la movilidad laboral en una economía en evolución, así como importantes aspectos sobre la naturaleza del fenómeno migratorio, e intenta identificar una serie de estrategias y opciones políticas que facilitarían el desarrollo coherente de políticas migratorias que favoreciesen una migración humana y ordenada. Una parte del informe analiza una amplia gama de patrones migratorios contemporáneos vinculados a fines económicos, mientras que en otra parte del informe se analizan las posibles respuestas políticas a estos patrones.

Finalmente, cabe apuntar que la OIM continúa trabajando en la redacción del Manual sobre *Mainstreaming Migration Into Poverty Reduction Strategy Papers (PROPS) and Other National and Regional Development Strategies*, con la finalidad de que se convierta en una herramienta

(57) Documento disponible en http://publications.iom.int/bookstore/index.php?main_page=product_info&cPath=7&products_id=507.

(58) Disponible en http://publications.iom.int/bookstore/index.php?main_page=product_info&cPath=1&products_id=510.

común para varios organismos (OIT, OIM, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia).

D) La Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Entre 2008 y 2009 la producción normativa de la OIT en materias relacionadas con la inmigración ha sido bastante escasa: no se ha adoptado ningún nuevo convenio, y respecto del Convenio núm. 97 sobre migración laboral (1949) apenas destaca su ampliación a Filipinas⁵⁹. Ello no significa, sin embargo, que la OIT haya permanecido inactiva en este ámbito.

En el mes de junio 2009 tuvo lugar en Ginebra la 98.^a Conferencia anual de la OIT «98th Session of the International Labour Conference, 3-19 June 2009». Sobre el trabajo desarrollado durante aquella cabe señalar que, junto con los *reports* que habitualmente se presentan relativos a la aplicación, por los Estados miembros, de los Convenios y Recomendaciones de la OIT, también fueron abordados otros temas de especial interés. Así el *Report del Director General* tuvo como objeto el análisis de la situación de los trabajadores en los territorios árabes ocupados. Y, los *Reports* IV y V abordaron las cuestiones sobre la promoción del empleo rural para la reducción de la pobreza y el análisis sobre las habilidades para mejorar la productividad, el crecimiento del empleo y el desarrollo, respectivamente⁶⁰. En consecuencia con los temas debatidos, la Resolución adoptada por la Conferencia efectúa un énfasis especial en el trabajo rural y en la mejora de las condiciones laborales de las zonas menos desarrolladas. Así mismo, se adopta la *ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization* el 10 de junio de 2008⁶¹, mediante la cual los Estados miembros se comprometen a mejorar la capacidad de la OIT para avanzar en el objetivo de lograr el progreso y la justicia social en el contexto de la globalización, a través del Programa de Trabajo Decente. La Declaración institucionaliza el concepto de trabajo decente desarrollado por la OIT desde 1999, situándolo en el centro de las políticas de la Organización.

Tal y como se ha venido señalando, la labor de la Sección de Migración Internacional de la OIT se centra, por una parte, en la implementación de proyectos propios o en conjunto con otras instituciones para promocionar el mejoramiento de las condiciones laborales tanto en los países emisores como en los países receptores de trabajadores inmigrantes. Y, por otra parte, esta labor técnica se complementa con un trabajo de investigación difundido, bien a través de la *International Migration Papers*, bien a través de informes, estudios o investigaciones relativos a las condiciones laborales de los trabajadores migrantes.

Sobre la actividad técnica de la OIT, durante el período comprendido en esta crónica puede destacarse, por su importancia para España y por la implicación financiera del Gobierno español en él, la iniciación de tres nuevos proyectos en África: el primero, denominado *Extending social security for migrant workers in Africa*, cuyo enfoque es el de ayudar a los Gobiernos, para reforzar las estrategias nacionales y regionales para la extensión de la cobertura de la seguridad

(59) <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>.

(60) Sobre la totalidad de Reports presentados en la 98.^a Conferencia de la OIT, http://www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/ilc/ILCSessions/97thSession/reports/lang-en/index.htm.

(61) Sobre los textos adoptados en la Conferencia, http://www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/ilc/ILCSessions/97thSession/texts/lang-en/index.htm.

social a los trabajadores migrantes africanos y sus familias⁶². Los otros dos con colaboración financiera del Gobierno español y dirigidos a afrontar la ausencia de un modelo de gestión migratoria en el continente africano, así como la incapacidad técnica y material de estos Gobiernos para hacer frente a los numerosos movimientos y rutas migratorias; así, el proyecto *Improving institutional capacity to govern labour migration in North and West Africa*⁶³ pretende fomentar un desarrollo más ordenado de las diversas corrientes migratorias en el norte y este del continente africano y fortalecer la capacidad institucional para regular la migración laboral, para producir una mayor conciencia entre los interesados en materia de migración y establecer la cooperación internacional y mecanismos concretos de colaboración entre países y regiones para mejorar la regulación de la migración laboral como una herramienta para el desarrollo. En este eje de asistencia a África, se enmarca también el proyecto OIT-España *Cooperation for better migration policies*⁶⁴, con el que se busca mejorar la capacidad institucional para regular la migración laboral en África septentrional y occidental; el proyecto tiene por objeto la realización y la maximización de los beneficios de la migración laboral internacional para el desarrollo de los países de origen y de destino mediante la realización de actuaciones enfocadas a promover la buena gobernanza y una gestión eficaz de la migración laboral, con base en el Marco Multilateral de la OIT para las migraciones laborales.

Como ya se indicó, la labor técnica de la OIT viene acompañada en numerosas ocasiones de una labor de investigación y divulgación.

Así, en materia de protección de los derechos laborales destaca el estudio sobre *Protecting the rights of migrant workers: A shared responsibility*, donde se examina la conexión entre la protección de los derechos de los migrantes y el desarrollo. Sobre los efectos positivos de la inmigración laboral y los principales problemas de las políticas de migración a nivel nacional, regional e internacional, destaca *Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'oeuvre*. El estudio ofrece una amplia gama de principios, directrices y mejores prácticas, al tiempo que aborda una serie de temas de importancia fundamental: el trabajo decente para todos, la gobernanza de la migración, la protección de los trabajadores migrantes, la promoción de los vínculos entre migración y desarrollo, el fortalecimiento de la cooperación internacional.

Finalmente, el estudio sobre la relación entre género y migraciones es una de las cuestiones analizadas en la colección de documentos *International Migrations Papers*⁶⁵ (IMP's 98 y IMP's 97), *Genere, migration et déqualification: des trajectoires contrastées - Etude de cas de travailleuses migrantes à Genève* y *The Gender Dimension of Domestic Work in Western Europe*. Sobre la inmigración irregular (IMP's 94 y 96), *Irregular economic activities of migrants in the Czech Republic* y *Migrants and Informal Work in Hungary*. Esta colección también contiene un interesante estudio comparado (IMP's 95) *Study of Employment and Residence Permits for Migrant Workers in Major Countries of Destination*, además de un análisis sobre el principio de no

(62) El proyecto se desarrolla bajo el siguiente orden de prioridades: 1) la promoción de acuerdos regionales y bilaterales de seguridad social, 2) la inclusión de disposiciones sobre seguridad social en los programas de migración laboral, incluidos los planes de migración temporal y circular, 3) el fortalecimiento de los convenios regionales sobre la seguridad social, 4) la proposición de los regímenes de seguro voluntario para los trabajadores migrantes en el extranjero.

(63) <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/areas/tcprojects.htm>.

(64) <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/news.htm>.

(65) http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/info/imp_list.htm.

discriminación (IMP's 91) *Legal prohibitions against employment discrimination available to migrant workers employed in Europe: A review of international instruments and national law in four selected countries*⁶⁶. Respecto a otras tareas de la OIT, cabe reseñar la labor de monitoreo y divulgación de buenas prácticas. En este sentido, destaca el Programa de cooperación entre Francia y Mali, que tiene por objeto facilitar el intercambio de iniciativas y recursos relacionados con los trabajadores migrantes para el desarrollo de su país de origen⁶⁷.

E) El Banco Mundial (BM)

Como es sabido, la misión principal del Banco Mundial (BM) es ayudar a los países en desarrollo y a la población mediante el trabajo con los Estados miembros para aliviar la pobreza a la que se ven sometidos⁶⁸. En la medida en que las migraciones internacionales generan importantes consecuencias económicas, sociales y culturales, tanto en los países de origen como en los países de destino, no es extraño que esta institución haya incrementado su interés por este fenómeno. Con este fin, el Banco Mundial ha establecido el *Programa en Migraciones y Desarrollo* dentro del Grupo de Investigación sobre Desarrollo que se encarga de recopilar y analizar los datos y la información disponible sobre inmigración, principalmente desde la perspectiva del impacto económico de ésta en el desarrollo, con el fin de identificar políticas, normas y reformas institucionales que permitan a los países desarrollados y a los que están en vías de desarrollo aprovechar mejor este fenómeno.

Son numerosos los temas analizados en el *Programa en Migraciones y Desarrollo*, centrándose la actividad en el impacto de la inmigración y las remesas, pues no podemos olvidar el carácter económico de las actividades y funciones del Banco Mundial. Este año podemos encontrar diferentes estudios sobre varios Estados en los que se analiza el impacto de estas remesas, a través de encuestas realizadas en los hogares y con la colaboración de las autoridades nacionales correspondientes; entre éstos deben destacarse: *Impact of migration, remittances on poverty and spending structure of households (Guatemala)*, *Determinants of migration, impact of migration on inequality (Mexico)*, *Impact of migration, remittances on poverty, income distribution, and local development (Morocco)* e *Impact of New Zealand «lottery» immigration policy on accepted, unaccepted households and households that did not apply (Samoa, New Zealand)*. Entre otros documentos sobre la materia, destaca «*Career placement skilled migrants in the US: labour market: a dynamic approach*» (WPS 4891. Cristina Ileana Neagu), «*The regional dimension of North-South trade related R&D spillover*» (WPS 4826. Maurice Schiff and Yanling Wang)⁶⁹. Además de

(66) http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/info/imp_list.htm.

(67) http://www.ilo.org/dyn/migpractice/migmain.showPractice?p_lang=en&p_practice_id=4.

(68) El Banco Mundial es una organización internacional de la que forman parte 186 países y su principal función es la asistencia financiera y técnica a los países en desarrollo de todo el mundo. Pero además de estas funciones de carácter económico, el Banco Mundial tiene en cuenta en sus actividades la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, entre los que se incluyen la eliminación de la pobreza y la búsqueda de un desarrollo sostenible, y aumentar el crecimiento respetando el medio ambiente y creando oportunidades individuales. Para conocer las actividades que realiza el Banco Mundial en múltiples ámbitos relacionados con la economía, pueden consultarse los informes anuales, disponibles en http://web.worldbank.org/WEBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/QUIENESSOMOS/o_contentMDK:20193478~pagePK:64057863~piPK:242674~theSitePK:263702,00.html.

(69) Los documentos citados se encuentran disponibles en <http://www.worldbank.org/reference>.

Actividad institucional, bibliografía y documentación (julio 2008 - junio 2009)

estas publicaciones, el 10 y 11 de septiembre de 2009 se realizaba en Washington DC la segunda Conferencia sobre Migración y Desarrollo, poniéndose de manifiesto así que la inmigración y desarrollo sigue siendo uno de los temas clave de los que se ocupa el Banco Mundial.

Otro de los temas tratados por el Banco Mundial es la denominada fuga de cerebros; son dos los libros publicados sobre este ámbito, centrados principalmente en los pequeños Estados en los que se intenta conocer el fenómeno, así como las consecuencias derivadas de la migración de trabajadores cualificados, «*Measuring skilled migration rates: the case of small states*» (WPS 4827. Docquier, Frederic y Schiff, Maurice) y «*North-South trade related technology diffusion, brain drain and productivity growth: are small states different?*» (WPS 4828. Maurice Schiff y Yanling Wang).

II. LA ACTIVIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE CARÁCTER REGIONAL EUROPEO: EL CONSEJO DE EUROPA, LA OCDE Y LA OSCE

A) La actividad del Consejo de Europa, y particularmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Como es sabido, el Consejo de Europa es una organización internacional de carácter regional entre cuyos fines fundacionales se encuentran la promoción de la democracia y los derechos humanos en toda Europa. Para ello cuenta con una serie de órganos e instituciones que en su actividad ordinaria vienen elaborando un cuerpo de resoluciones, recomendaciones y sentencias de referencia obligada. De la actividad general del Consejo de Europa debe destacarse la entrada en vigor el 1 de mayo de 2009 de la *Convención del Consejo de Europa para la prevención de la apatridia en los casos de sucesión de Estados* (STCE núm. 200), de 19 de mayo de 2006.

El primero de los órganos del Consejo de Europa cuya actividad cabe destacar es la *Asamblea Parlamentaria*, que entre 2008 y 2009 adoptó la *Recommendation REC 1838 (2008) 24/06/2008 Empowering women in a modern, multicultural society* o la *Recommendation REC 1862 (2009) 30/01/2009 y Resolution RES 1655 (2009) 02/02/2009 Environmentally induced migration and displacement: a 21st century challenge*, presentándose como elementos destacables dos mociones sobre el uso del artículo 39 del Reglamento del TEDH para evitar perjuicios a inmigrantes y extranjeros en procedimientos de extradición y expulsión, así como sobre la interceptación y rescate de inmigrantes y solicitantes de asilo en el mar; igualmente destacables son los informes presentados sobre violencia doméstica sobre mujeres inmigrantes, la necesidad de mejorar la calidad y coherencia de las decisiones sobre asilo y sobre la protección de los derechos de los desplazados de larga duración⁷⁰. Igualmente, durante el período examinado se adoptaron una resolución y una recomendación sobre la punición de los llamados «crímenes de honor»⁷¹.

(70) Motion for a Recommendation Preventing harm to refugees and migrants in extradition and expulsion cases: Rule 39 indications by the European Court of Human Rights, Doc. 11978 06/07/2009 y Motion for a Recommendation The interception and rescue at sea of asylum seekers, refugees and irregular migrants, Doc. 11880 29/04/2009. Report Migrant women: at particular risk from domestic violence, 15 July 2009, Reporter: Ms Karin S. WOLDSETH; Report Improving the quality and consistency of asylum decisions in the Council of Europe member states, Doc. 11990 15/07/2009, Reporter Mr Boriss CILEVIŖS; Report Europe's forgotten people: protecting the human rights of long-term displaced persons, Doc. 11942 08/06/2009, Reporter Mr John GREENWAY. Cf.: http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListing_E.asp.

(71) Resolution 1681 (2009) and Recommendation 1881 (2009), adoptadas el 29 de junio de 2009 (Doc. 11934).

En el constante intercambio de recomendaciones y resoluciones con el Comité de Ministros, muchos de los actos de la Asamblea⁷², pero también de otros órganos⁷³, han sido objeto de nuevo debate y observaciones por el Comité. Destacan algunas Recomendaciones del Consejo de Ministros en materia religiosa, en particular la Recomendación sobre la «Dimensión de las religiones y las convicciones no religiosas en la Educación intercultural» o las adoptadas sobre «Estado, religión, laicidad y derechos humanos. Blasfemia, insultos de carácter religioso e incitación al odio contra las personas con motivo de su religión»⁷⁴. Más discutible fue la postura del Consejo de Ministros sobre la persecución de personas de etnia gitana en Italia⁷⁵, pues el Consejo se limitó a manifestar que las acciones de las autoridades italianas se situaban en línea con las orientaciones del Consejo de Europa y que dichas autoridades habían colaborado en la facilitación de la información requerida por el Consejo de Ministros, sometiéndose igualmente al control por otros órganos de esta organización internacional, si bien el Comité iba a continuar examinando con detenimiento la actuación italiana en esta materia.

Lo más destacable de este período, no obstante, fue la celebración de la 8.ª Conferencia de Ministros responsables de Migración, en Kiev el 4 y 5 de septiembre de 2008, a la que asistieron también Estados que no forman parte del Consejo de Europa. En ella se adoptó el informe final sobre el funcionamiento del «Plan de Acción de Helsinki (2002-2008)», para seguidamente asumir un nuevo Plan de Acción⁷⁶ para el siguiente período. A la Conferencia siguió inmediatamente después la celebración de un Foro Parlamentario a instancias del Subcomité de Migración de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cuyo fin era precisamente discutir las cuestiones planteadas durante la Conferencia de Ministros y el contenido de su Declaración final. Es

(72) Entre otras, el Comité de Ministros ha debatido las Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria sobre migración y desplazamientos por razones medioambientales, sobre centros de tránsito y procesamiento de solicitudes de asilo, inmigración y diversidad, mujeres inmigrantes y desplazados de larga duración [Recomendaciones núms. 1862 (2009), 1808 (2007), 1840 (2008), 1802 (2007), 1808 (2007), 1838 (2008), 1808 (2007)], a este respecto pueden consultarse los Docs. CM/Del/Dec(2009)1063/6.4E/13 July 2009, CM/Del/Dec(2009)1063/4.3E/13 July 2009, CM/Del/Dec(2009)1057/6.4E/22 May 2009, CM/Del/Dec(2009)1050/4.2E/13 March 2009 o CM/Del/Dec(2008)1036/4.1E/18 September 2008], apuntadas anteriormente; véase http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp.

(73) Destaca el debate sobre las Recomendaciones del Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa en materia de integración mediante el deporte núm. 233 (2008) o de integración de niños de la calle núm. 253 (2008) [Doc. CM/Del/Dec(2009)1055/8.1E / 27 April 2009 y Doc. CM/Del/Dec(2009)1049bis/10.2E / 09 March 2009], o del Comité Europeo de Migración (CDMG), sobre mejoras en el acceso de inmigrantes al empleo, creación de grupos *ad hoc* sobre validación de competencias de los trabajadores migrantes (MG-S-VC), sobre heridos en el mar y en fronteras (MG-S-VT) o sobre creación de un Comité de Expertos en Población Gitana y Nómada (MG-S-ROM) [Doc. CM/Del/Dec(2008)1032/6.3E/15 July 2008, CM/Del/Dec(2009)1056/6.3aE/15 May 2009, Doc. CM/Del/Dec(2009)1062/6.1E/03 July 2009, Doc. CM/Del/Dec(2008)1032/6.3E/15 July 2008].

(74) Recommendation CM/Rec(2008)12 de 10 de diciembre de 2008 y Recommendations 1804 (2007) y 1805 (2007) adaptadas conjuntamente con la Asamblea Parlamentaria el 16 de septiembre de 2008.

(75) Respuesta a la pregunta parlamentaria escrita núm. 549 sobre la persecución de personas de etnia gitana en Italia.

(76) *Declaration on Economic migration, social cohesion and development: towards an integrated approach*. La Declaración, en realidad, se limita a recoger un conjunto de principios (7) que deben presidir la actividad de los Estados en la gestión de la inmigración económica de manera que contribuya al desarrollo y progreso de los Estados de origen, la lucha contra la inmigración irregular y el tráfico de personas y la especial atención a la promoción de la integración; en este sentido la Declaración incluye un conjunto de medidas específicas (30) a este objeto. Para un estudio detallado de la Conferencia y de sus trabajos, véase TARAN, P., IVAKHNYUK I., PEREIRA RAMOS, M.C., y TANNER, A.: *Economic migration, social cohesion and development: towards an integrated approach*, Ed. Council of Europe, Strasbourg, 2009. El nuevo Plan de Acción está recogido en Doc CM(2008)134/17 September 2008.

Actividad institucional, bibliografía y documentación (julio 2008 - junio 2009)

éste, en definitiva, un año de transición entre planes, lo cual explica el resultado relativamente magro en cuanto a trabajos emprendidos.

En todo caso, el despliegue y seguimiento del nuevo plan se encarga de nuevo al Comité Europeo de Migración (CDMG⁷⁷) y del cual se informa al resto de órganos del Consejo de Europa. Recuérdesse que el CDMG ha estructurado su actividad desde 2007 en torno a cuatro líneas: tratamiento de la irregularidad, acceso al empleo, asociaciones de inmigrantes, integración de menores y menores inmigrantes no acompañados, correspondiendo a cada una de ellas un subcomité que, una vez cumplida su función principal de elevar propuestas de recomendaciones al Consejo de Ministros, has visto su continuidad decayendo entre 2007 y 2008⁷⁸, aunque no todos han desaparecido. En materia de menores no acompañados, el subcomité correspondiente ha establecido un programa de actuaciones 2009-2010 dirigido a elaborar un manual de formación, folletos informativos para las familias y acciones formativas de los profesionales en contacto con los menores. De la misma manera, aunque con cierto ralentí, ha continuado la elaboración de la segunda ronda de informes sobre las políticas nacionales en materia de inmigrantes irregulares, cuya segunda ronda se concluía en 2008 con informes sobre Francia, Polonia, Portugal, Reino Unido y España⁷⁹.

Uno de los órganos más importantes del Consejo de Europa, si no el que más, es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que un año más continúa con su labor de interpretación y protección de los derechos contenidos en el Convenio en relación con la situación jurídica del extranjero. En este sentido, durante el período 2008-2009, la protección respecto a los tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 del CEDH), la tutela de las garantías procesales (artículos 5 y 6 del CEDH) y el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 del CEDH) son, una vez más, los derechos que centran la atención de su jurisprudencia. Respecto a la aplicación del artículo 3 del CEDH, al igual que los años anteriores, el Tribunal examina las condiciones de expulsión en los supuestos de padecimiento de una enfermedad grave y, en particular, dicta una sentencia de referencia respecto a los supuestos de enfermedad por contagio del VIH. En este polémico fallo, con tres votos disidentes, el Pleno concluye que sólo entiende por circunstancias excepcionales que impiden el traslado del extranjero el que éste se encuentre gravemente enfermo y próximo a la muerte, y el que no sea seguro que pueda recibir asistencia médica adecuada y

(77) Como órgano dependiente del Consejo de Ministros, el Comité Europeo de Migración (CDMG) se encarga desde 1979 –bajo distintas fórmulas– de la cooperación gubernamental europea en materia de inmigración, la integración social de las poblaciones de origen inmigrante o refugiado y las relaciones comunitarias en este marco, incluidas las relaciones con la población gitana. Para ello centra sus acciones sobre los actores políticos y administrativos de los Estados miembros. Su trabajo se organiza en torno a una Oficina compuesta por siete miembros y varios grupos de expertos y grupos asesores *ad hoc*.

(78) Así, sobre acceso al empleo, el comité de expertos (MG-R-EM) creado para la elaboración de un borrador de recomendación elevó en 2008 su propuesta *Recommendation Rec(2008)10 on improving access of migrants and persons of immigrant background to employment*, aprobada finalmente por el Comité de Ministros en julio de 2008, y lo mismo ha ocurrido con el grupo de expertos sobre asociaciones de inmigrantes y desarrollo (MG-R-AC) con la adopción de la *Recommendation CM/Rec(2007)10 on co-development and migrants working for development in their countries of origin*, el grupo de expertos sobre menores inmigrantes (MG-R-IE) con la *Recommendation Rec(2008)4 on strengthening the integration of children of migrants and of immigrant background* o el grupo asesor *ad hoc* sobre menores no acompañados con la *Recommendation CM/Rec(2007)9 to member states on life projects for unaccompanied migrant minors*.

(79) ZANFRINI, Laura y KLUTH, Winfried: *Policies on irregular migrants, Volume I: Italy and Germany*, Strasbourg 2008 y GEVORGYAN, VARDAN, P., Cavounidis, Jennifer y IVAKHNYUK, Irina V.: *Policies on irregular migrants, Volume II: Republic of Armenia, Greece, Russian Federation*, Strasbourg 2008, ambos citados en la crónica anterior.

apoyo familiar en destino (STEDH *N.C. v. Reino Unido*, de 27 de mayo de 2008). En línea con la jurisprudencia anterior, el TEDH ha examinado también las condiciones que deben admitirse para expulsar a un extranjero cuando existe un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos y degradantes en su país de origen (STEDH *Selem v. Italia*, de 5 de mayo de 2008; *Murat Gasayev v. España*, de 9 de febrero de 2009; STEDH *N.A. c. Reino Unido*, de 17 de julio de 2008; STEDH *Ben Khemais v. Italia*, de 6 de julio de 2009; STEDH *Ryabikin v. Rusia*, de 19 de septiembre de 2008; STEDH *F.H. v. Suecia*, de 5 de junio 2009; STEDH *O. v. Italia*, de 24 de marzo de 2009). Respecto de las condiciones de detención a efectos de internamiento y expulsión, al igual que lo ha hecho en otros años, el TEDH ha tenido la ocasión de analizar, bajo la óptica de los artículos 3 y 5 del CEDH, las condiciones de salubridad y trato a los detenidos en centros de extranjeros, con especial atención a su duración y procedimiento (STEDH *S.D. v. Grecia*, de 11 de junio de 2009; STEDH *Hchebet v. Rusia*, de 6 de julio de 2009 sobre la zona aeroportuaria). Es también interesante el alcance del artículo 3 en referencia al consentimiento y trato médico adecuado en las operaciones quirúrgicas que tienen como finalidad la extracción de bolsas con cocaína (STEDH *Bogumil v. Portugal*, de 7 de octubre de 2008). En conexión con el artículo 14 del CEDH, el Tribunal ha examinado los tratos inhumanos y degradantes por parte de las autoridades a ciudadanos no nacionales (STEDH *Turan Cakir c. Bélgica*, de 10 de marzo de 2009).

Respecto a la violación del debido proceso, el Tribunal profundiza sobre la jurisprudencia del artículo 6.1 en relación al derecho a la defensa adecuada y la presentación de recursos (STEDH *Bogumil v. Portugal*, de 7 de octubre de 2008, y STEDH *Pijevski v. Bélgica*, de 13 de noviembre de 2008, respectivamente). Por otra parte, se reitera, una vez más, que la práctica de los Estados de emitir órdenes de expulsión estandarizadas sin examinar las circunstancias del caso implica una violación del artículo 5 (STEDH *Ruso v. Austria*, de 2 de noviembre). También es objeto de análisis la aplicación del artículo 6 en relación al acceso a la justicia y, concretamente, la capacidad jurídica para actuar en juicio de las organizaciones religiosas, en un caso en el que se presentó una demanda para la protección de su derecho a la imagen, justamente en un lugar donde no realizaban ningún tipo de actividad religiosa (STEDH *Liga Mundo Islámico v. Francia*, de 25 de enero de 2009). En este período el Tribunal también disfruta de la oportunidad de pronunciarse, en una importante sentencia de pleno, sobre la limitación de los derechos contenidos en el CEDH en casos de investigaciones y detenciones en materia de terrorismo internacional, en concreto por supuestos vínculos con grupos de Al Qaeda. En este sentido, se analiza la compatibilidad del artículo 3 del CEDH con el estado de incertidumbre que genera el estar en prisión sin información alguna sobre la duración de ésta. Así como la vinculación del artículo 5.3 del CEDH con la negativa del Estado a que los detenidos y su defensa accedan a documentos y pruebas calificados como «confidenciales» (STEDH *A. y otros v. Reino Unido*, de 19 de septiembre de 2009).

Sobre el derecho a la vida privada y familiar como límite a la expulsión, el TEDH sigue aplicando una jurisprudencia bastante consolidada (STEDH *Onur v. Reino Unido*, de 17 de febrero de 2009, o la anterior STEDH *Maslov v. Austria*, de 23 de junio de 2008). Mayor novedad presenta la conexión del artículo 8 con el artículo 14, en cuanto a la interdicción de discriminación por razón de nacionalidad. En estos casos, se examinan, por una parte, el margen de discrecionalidad en la definición de las condiciones de acceso a la profesión de abogado (STEDH *Bigaeva c. Grecia*, de 28 de mayo de 2009) y, por otra, el acceso de un extranjero a las prestaciones sociales por nacimiento (STEDH *Welle v. Turquía*, de 31 de marzo de 2009). También en materia de derechos sociales, pero en ese caso por vía del artículo 1 del protocolo 1 del CEDH en conexión con

Actividad institucional, bibliografía y documentación (julio 2008 - junio 2009)

el artículo 14, el TEDH resuelve en la STEDH *Andrejeva v. Latvia*, de 18 de febrero de 2009, sobre el acceso a una pensión de un «no nacional con residencia permanente» (así mismo, STEDH *Carson y otros v. Reino Unido*, de 4 de noviembre de 2008).

En otros ámbitos materiales menos frecuentes en materia de extranjería e inmigración, en la STEDH *Celnuku v. Grecia*, de 5 de julio de 2008, el TEDH reitera su ya consolidada jurisprudencia (véase STEDH *Sesic v. Croacia*, de 31 de mayo de 2007) sobre las obligaciones estatales de protección del artículo 2 en su vertiente activa y pasiva, en relación a la actuación de las fuerzas del Estado y, en especial, el procedimiento y garantías necesarias para dirigir investigaciones sobre la muerte de personas cuando se presume la implicación de las fuerzas del Estado. Finalmente, debemos apuntar el interés de la STEDH *Masaev v. Moldova*, de 12 de mayo de 2009, respecto de los límites a la oficialidad religiosa del Estado y el ejercicio de la libertad religiosa de grupos minoritarios no registrados en el Estado.

En el período cubierto por esta crónica, el Comité para la Prevención de la Tortura y los Tratos Inhumanos y Degradantes (CPT) ha realizado 18 nuevas visitas⁸⁰, y publicaba en septiembre de 2008 y de 2009 dos informes generales, respectivamente el *18th General Report on the CPT's activities covering the period 1 August 2007 to 31 July 2008*⁸¹ y el *19th General Report on the CPT's Activities 1 August 2008 to 31 July 2009*⁸². Este último incluye una sección relativa a las garantías exigibles durante la privación de libertad de los inmigrantes irregulares; la sección se centra en subrayar la importancia de que la detención a efectos de expulsión no sea una decisión automática, sino que se valore su necesidad caso por caso, así como el deber de los Estados de asegurar un mínimo de garantías a los extranjeros, entre las cuales se encuentra el acceso a un recurso, a asistencia jurídica y a un médico forense, así como el acceso a la información relativa al asilo o al contacto con sus autoridades consulares, protección de las familias sujetas a internamiento y conveniencia de no separarlas en la medida de lo posible, e igualmente recuerda el peligro de las interceptaciones en el mar y la prohibición de *non refoulement* y la necesidad de asegurar garantías adicionales a los menores. No obstante, este informe no ha generado en principio nuevas adiciones a los *Substantive CPT Standards*⁸³ ni a las *Revised Rules of Procedure*, cuya última modificación data de marzo de 2008⁸⁴. Sí debe destacarse la expiración del mandato de 19 de sus miembros en diciembre de 2009, y cuya sustitución deberá realizarse conforme a la *Resolución 1540 (2007) de la Asamblea Parlamentaria sobre Mejora de los procedimientos de selección de los miembros de la CPT*⁸⁵.

En la mayor parte de las visitas se presta atención a las condiciones de detención de extranjeros y, en particular, a los centros de internamiento, así como a las instituciones para menores. En

(80) Moldavia, Italia, Suecia, Turquía, Bosnia y Herzegovina, Georgia (Abjazia), Luxemburgo, Rusia (Cáucaso Norte), Hungría, Eslovaquia, Austria, Bulgaria, Azerbaiyán, Francia (Guayana), Reino Unido, Rusia, Grecia e Italia.

(81) El 18.º Informe puede leerse en <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-18.htm>. El 17.º Informe fue publicado en septiembre de 2007 y cubría el período 2006-2007, por lo que no figuraba en nuestra crónica anterior, no obstante, su objeto central era las detenciones secretas en el marco de la lucha contra el terrorismo así como la práctica de las rendiciones extrajudiciales, y puede leerse también en <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-17.htm>.

(82) <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-19.pdf>.

(83) CPT/Inf/E (2002) 1, Rev. 2006, <http://www.cpt.coe.int/en/documents/eng-standards.pdf>.

(84) Disponibles en <http://www.cpt.coe.int>.

(85) <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/tao7/ERES1540.htm>.

el informe de la visita a Finlandia de 2009, la CPT destaca necesidad de crear establecimientos adecuados a estos efectos, pues se seguía internando en establecimientos policiales en ausencia de centros especiales. Igualmente, en el informe sobre la visita realizada en septiembre de 2007 a España (quinta visita periódica)⁸⁶, la CPT analiza el tratamiento de los menores no acompañados en las Islas Canarias, así como el de las personas no admitidas en Barajas y detenidas en las instalaciones aeroportuarias; no obstante, el informe sobre esta visita de la CPT aún no ha sido publicado, a diferencia de otras visitas de la CPT con una mayor repercusión mediática, que datan también de esas fechas (Caso De Juana Chaos⁸⁷). Igualmente interesante se revela la publicación del informe en junio de 2009 de la visita *ad hoc* del CPT a Grecia con el fin de examinar las condiciones de detención de extranjeros en diversos establecimientos, y revisar así el progreso realizado tras las recomendaciones formuladas en su visita de 2007⁸⁸.

En este período de actividad, el Comité Europeo de Derechos Sociales⁸⁹ instituido por la Carta Social Europea⁹⁰ ha celebrado su 40.º aniversario de funcionamiento con una conferencia en diciembre de 2008 y la renovación, en febrero de 2009, de un tercio de sus miembros (entre ellos el experto español), así como el nombramiento de la Sra. Polonca Koncar como presidenta de este órgano. Igualmente, se ha celebrado la primera Conferencia de Ministros del Consejo de Europa responsables de Cohesión Social, en Moscú en febrero de 2009. En su cuarto ciclo de actividad el Comité de Expertos ha iniciado su actividad conforme al nuevo calendario y metodología de trabajo, implantados en 2007, que se basan en el estudio temático de la Carta⁹¹. Bajo este nuevo sistema de trabajo, la condición de los trabajadores inmigrantes y sus familias será objeto de estudio monográfico durante el cuarto bloque de estudio (artículo 19 de la Carta)⁹²; no obstante, como ha venido señalándose en crónicas anteriores, el Comité de Expertos ha detectado ya varias infracciones de la Carta en esta materia por la interrelación entre los derechos de la Carta y el artículo 19⁹³; así, las Conclusiones 2008⁹⁴ recogían, por ejemplo, la violación del

(86) <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2007-10-04-eng.htm>.

(87) Informe disponible en <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2009-10-inf-eng.htm>, así como la respuesta del Gobierno español, en <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2009-11-inf-eng.htm>.

(88) [CPT/Inf (2009) 20].

(89) Una recopilación de la doctrina del Comité de Expertos sobre los derechos de los trabajadores migrantes en el *Digest of Case-Law of the European Committee of Social Rights*, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008_fr.pdf, documento elaborado el 1 de septiembre de 2008.

(90) En este período han aumentado a 44 los Estados signatarios de la Carta Social revisada, quedando sólo 4 de la Carta de 1961.

(91) http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ReportCalendar/CalendarNRS_en.asp.

(92) A partir de 2007, con la modificación del sistema de trabajo del Comité aplicada tras la decisión de los representantes ministeriales en su 963.ª reunión de 3 de mayo de 2006, un nuevo mecanismo de informes se aplica a partir del 31 de octubre de 2007. Con este nuevo mecanismo, los informes anuales de los Estados pasan a centrarse cada año en alguno de los cuatro bloques temáticos en que se ha dividido la Carta Social. Para la 224.ª sesión de septiembre de 2007, los informes se centraron en el primer bloque de temas de la Carta.

(93) Al tratarse la inmigración de una cuestión relativamente transversal a toda la Carta, ya en el primer bloque de artículos de ésta, aquellos concernientes al trabajo y la formación laboral, se toca en varios informes nacionales el fenómeno de la inmigración, y, en todo caso, el análisis del artículo 18 de la Carta así lo requiere también.

(94) Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Irlanda e Italia (vol. 1) y Lituania, Malta, Moldavia, Países Bajos, Noruega, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Suecia (vol. 2).

artículo 9 de la Carta por Lituania, al constatar la ausencia de igualdad de trato entre nacionales de los Estados signatarios de la Carta en el acceso a la residencia permanente, y del artículo 18 por Bélgica, Finlandia, Lituania, Países Bajos y Eslovenia, pues las normas de acceso al mercado de trabajo resultan demasiado estrictas para los nacionales de otros Estados. Para las observaciones sobre España, léanse las Conclusiones XIX-1⁹⁵, recogidas en la crónica anterior.

Igualmente relevantes han sido algunas de las decisiones sobre admisibilidad de reclamaciones colectivas. El Comité admitió la presentada por *Defense for the Children International v. Netherlands* (núm. 47/2008) relativa a la legislación holandesa, que priva a los menores extranjeros en situación irregular del derecho de acceso a la vivienda, a la asistencia médica y social, a una protección familiar adecuada y la protección frente a la pobreza y la exclusión social, por considerar que violaba el principio de no discriminación y los derechos anteriormente mencionados. Igualmente, se han admitido sendas reclamaciones colectivas por discriminación contra población gitana en Grecia y Francia, en particular respecto de su acceso al alojamiento y otros servicios o prestaciones sociales (*INTERIGHTS v. Grecia*, núm. 49/2008, y *CEDR v. Francia*, núm. 51/2008). Igualmente interesante se presenta la demanda colectiva interpuesta por *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italia* (núm. 58/2009), en la que la organización alega que las decisiones urgentes en materia de seguridad han conducido a campañas ilegales y desproporcionadas, así como a expulsiones de población gitana o cingara, dejándola sin techo, campaña que tilda de racista y xenófoba, razón por la que reclama la violación de los artículos 16, 19, 30 y 31. Esta misma entidad había interpuesto anteriormente una reclamación también con temática similar en *COHRE v. Croacia* (núm. 52/2008), al considerar que Croacia violaba el derecho a la vida en familia del artículo 16, al discriminar a ciudadanos de etnia serbia en el disfrute de sus derechos sobre las viviendas abandonadas tras el conflicto serbo-croata.

El Comité Europeo contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) ha iniciado también en 2008-2009 su cuarto ciclo de trabajo, durante el cual el Comité se ha propuesto revisar el grado de cumplimiento por los Estados del conjunto de recomendaciones realizadas durante el ciclo de trabajo anterior, prestando particular atención a las recomendaciones específicas y prioritarias efectuadas en informes anteriores. Igualmente, en diciembre de 2008 la ECRI celebró su 47.^a reunión plenaria, donde se aprobó la *Recomendación núm. 14 sobre la Lucha contra el racismo y la discriminación racial en el deporte*, que exige a los Estados miembros la adopción de medidas legislativas específicas que incluyan infracciones y sanciones, formación policial para la identificación y la prevención de comportamientos racistas en espectáculos deportivos, así como la necesidad de que tales políticas sean asumidas desde diversas instancias (administración local, federaciones deportivas, clubes, escuelas, etc.).

En febrero y mayo de 2009 se publicaron los informes sobre Bulgaria, Hungría, Noruega, Bélgica, Alemania y Eslovaquia. En todos ellos se constatan avances importantes pero también algunos déficits persistentes de racismo contra la comunidad gitana, los refugiados o los solicitantes de asilo; resultan particularmente preocupantes: la respuesta judicial frente a publicaciones racistas, las alegaciones de conductas racistas por parte de la policía o la necesidad de una mayor sensibilización social (Bulgaria), el incremento de discursos racistas y xenófobos con el permanente trasfondo de una población gitana desfavorecida en todos los ámbitos mientras

(95) España fue objeto de estudio en las Conclusiones XIX-1, en las cuales el Comité solicitó información suplementaria al Estado español respecto del acceso a formación ocupacional y educación superior de los inmigrantes regulares, posponiendo su conclusión, a este respecto, a la presentación de las aclaraciones por el Estado.

los solicitantes de asilo e inmigrantes siguen encontrando particulares problemas en el acceso al empleo o la vivienda (Hungría), o el acceso al empleo o a la educación escolar de inmigrantes o población gitana y la necesidad de mejorar el tono del discurso político (Noruega). En Bélgica, la ECRI apunta como ámbitos donde más necesaria se hace la lucha contra el racismo los de acceso al empleo, la educación o la vivienda, en particular para inmigrantes o personas con tal origen, musulmanes o grupos nómadas, resultando igualmente preocupantes algunos discursos políticos o la propagación de actividad racista a través de Internet; en Alemania, se destaca la existencia de agresiones racistas, el creciente apoyo que suscitan partidos antisemitas o revisionistas, o la victimización por discriminaciones cotidianas de los colectivos musulmán, turco, de color o gitano o cingaro; en Eslovaquia, la situación del colectivo gitano se ha considerado sumamente preocupante en ámbitos como el alojamiento, la educación, el empleo, la sanidad, etc., reforzada por la brutalidad policial contra esta minoría; igualmente, se destaca el incremento del discurso racista contra húngaros, gitanos y judíos, siendo la integración de los refugiados una cuestión sobre la que el Estado –apunta la ECRI– debería empezar a adoptar una estrategia clara. En términos generales, destaca la insistencia de la ECRI en la adopción de instrumentos específicos para la lucha contra el racismo y la intolerancia, sean planes nacionales (Noruega, Bélgica), leyes de igualdad de trato (Alemania) o reformas penales específicas (Eslovaquia).

Igualmente, de la actividad desarrollada por el Comisario Europeo para los Derechos Humanos, D. Thomas Hammarberg, en materia de derechos de los inmigrantes, puede destacarse en su cuarto año de mandato la presentación al Comité de Ministros y a la Asamblea Parlamentaria de su *Informe Anual 2008 sobre la situación de los Derechos Humanos en Europa*⁹⁶, en el que el Comisario destaca la distancia entre el discurso político y la realidad de protección de los derechos humanos, así como el deterioro de los derechos a resultas de la lucha contra el terrorismo y a consecuencia de la crisis financiera, los fallos del sistema judicial de protección de los derechos y la persistencia de la discriminación en Europa. Igualmente, entre sus recomendaciones, la *Recomendación de 30 de junio de 2009 sobre la puesta en práctica del derecho a la vivienda* aborda el tratamiento discriminatorio en el acceso a ésta⁹⁷. El resto de su trabajo durante 2008 y 2009 se ha centrado en la actividad de seguimiento del cumplimiento por los Estados de sus recomendaciones, especialmente a través de sus informes, en los que sigue prestando particular atención a la situación de los demandantes de asilo e inmigrantes, las condiciones de detención, etc.⁹⁸, o en sus visitas oficiales, entre las que puede destacarse la visita a Italia centrada en el tratamiento de la comunidad gitana, las políticas migratorias y la lucha contra la discriminación, de la que en abril presentó un informe en el que recomendaba la creación de un órgano nacional independiente encargado de la protección de los Derechos Humanos⁹⁹. Igualmente, puede destacarse la Opinión emitida en marzo de 2009 sobre la investigación independiente de las denuncias contra la policía.

(96) Strasbourg, 30 April 2009, CommDH(2009)12 *Commissioner for Human Rights Annual Activity Report 2008*, Council of Europe, en http://www.coe.int/t/commissioner/default_en.asp.

(97) CommDH(2009)5/30 June 2009.

(98) Véanse los informes sobre Francia –muy crítico con la política sobre inmigración y la situación de los detenidos extranjeros en los centros de detención y zonas de espera internacionales– o sobre Chipre, Grecia, Países Bajos o Bélgica.

(99) Informes por países en http://www.coe.int/t/commissioner/WCD/visitreportsbycountry_en.asp#.

De su colección de «Issue Papers» destaca el dedicado a *Protecting the right to privacy in the fight against terrorism*¹⁰⁰, donde el Comisario advierte contra el abuso de las alegaciones sobre protección de la seguridad colectiva como excusa para adoptar decisiones gubernativas que invaden la vida privada de la persona, y en particular de determinados grupos. De la misma manera, cabe destacar el apoyo decidido del Comisario a la FRA en el proceso preparatorio de la Conferencia sobre el Racismo de la ONU celebrada en abril de 2009 o el estudio presentado en la Jornada Internacional de Pueblos Gitanos titulado «Migraciones gitanas recientes en Europa y prácticas discriminatorias».

Respecto de la actividad del Grupo de Expertos contra la Trata de Seres Humanos (GRETA), órgano especializado del Consejo de Europa en la prevención de la trata de seres humanos y la protección de sus víctimas, debe señalarse que dicho Grupo se ponía en marcha a inicios de 2009 y que durante el período recogido en esta crónica se ampliaba el número de Estados parte en la *Convención núm. 197 del Consejo de Europa de lucha contra la trata de seres humanos* de 17 a 25 Estados (en septiembre se añadiría Eslovenia), entre los cuales España, que hizo coincidir su ratificación de la Convención con la Presidencia Española del Comité de Ministros del Consejo de Europa y la celebración en Madrid en diciembre de 2008 de un «*Expert Seminar on the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*», dirigido a abordar los problemas técnicos de despliegue de las medidas previstas en la Convención, que formalmente había entrado en vigor pocos meses antes, en febrero de 2008. Durante el compás de espera que durará hasta 2010, cuando el sistema de monitorización empieza a funcionar conforme al procedimiento descrito en la crónica anterior (cuestionarios, visitas, informes provisionales, comentarios de los Estados e informes definitivos), tanto el Comité de Estados Miembros como el GRETA han continuado labores organizativas internas.

Así, el *Comité de Estados Miembros* («*Comitee of the Parties*»), en cuanto instancia política compuesta por representantes ministeriales de los Estados y de representantes de instituciones externas al Consejo de Europa e instituido por la Convención, se ha reunido en dos ocasiones. La primera, en diciembre de 2008, sirvió para elegir a su presidente y vicepresidente, definir los criterios de selección de los miembros del GRETA y proceder a su elección, así como para marcar una agenda de trabajo y fijar las «Reglas de Procedimiento» del propio Comité. En la segunda reunión, en junio de 2009, el Comité intercambió puntos de vista con la Presidenta del GRETA, para proceder posteriormente a debatir el encaje con la Convención de la propuesta de *Decisión Marco del Consejo sobre prevención y lucha contra el tráfico de seres humanos y de protección de las víctimas*, promovida en el seno de la Unión Europea; la reunión terminó fijando algunos criterios sobre la elección a finales de 2010 de 2 miembros más del GRETA para alcanzar el máximo de 15 permitidos por la Convención¹⁰¹, visto el creciente aumento de Estados signatarios de ésta.

Por su parte, el *Grupo de Expertos contra la Trata de Seres Humanos (GRETA)*, por ahora en número de 13, se reunió por primera vez en febrero de 2009 para adoptar sus «Reglas Internas de Procedimiento»¹⁰², así como para elegir a su Presidenta, Sra. Hanne Sophie Greve, y dos vice-

(100) CommDH/IssuePaper(2008)3/15 December 2008.

(101) Procedimiento establecido en la Convención así como en la *Resolución del Comité de Ministros (2008)7*, de 11 de junio de 2008. *Resolution CM/Res(2008)7 on rules on the election procedure of the members of the Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings*, disponible en http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/docs/monitoring/nomination_EN.asp?

(102) [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/THB-GRETA\(2009\)1_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/THB-GRETA(2009)1_en.pdf).

presidentes. En su segunda reunión, en junio de 2009, el GRETA adoptó las «Reglas de procedimiento para la evaluación del nivel de ejecución de la Convención del Consejo de Europa sobre la Acción contra el Tráfico de Seres Humanos por los Estados parte»¹⁰³, e inició la elaboración de un cuestionario para proceder a la primera evaluación de su cumplimiento; igualmente se contó con la participación de representantes de otros órganos del Consejo de Europa cuyas actividades están vinculadas a las del GRETA (MONEYVAL, GRECO) y se informó del progreso de creación del *Trafficking Information Management System (TIMS)*, que deberá facilitar la actividad de monitorización del cumplimiento por los Estados de la Convención. Finalmente, debe apuntarse la preocupación en el seno de la Asamblea Parlamentaria sobre el posible solapamiento de los trabajos entre el GRETA e instituciones similares creadas por la Unión Europea¹⁰⁴. Durante este tiempo, se ha impulsado la realización y publicación de un estudio externo titulado *Trafficking in human beings: Internet recruitment*¹⁰⁵ y de un *Handbook for Parliamentarians*¹⁰⁶.

Volviendo nuevamente a las publicaciones generales auspiciadas desde el Consejo de Europa sobre materias vinculadas a inmigración, sobresalen en este período, TARAN, Patrick *et al.*: *Economic migration, social cohesion and development: towards an integrated approach*, Strasbourg 2009, EVANS, Malcolm D.: *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas*, Strasbourg 2009; McBRIDE, Jeremy: *Access to justice for migrants and asylum seekers in Europe*, Strasbourg 2009. WEBER, Anne: *Manual on hate speech*, Strasbourg 2009; COE: *National minorities: Breath of diversity, breath of Europe*, Strasbourg 2009; COE: *Legal instruments for combating racism on the Internet*, Strasbourg 2009; COE: *Framework Convention for the Protection of National Minorities - Collected Texts*, Strasbourg 2008 (5.ª edición).

B) La Organización para la Cooperación y el Desarrollo en Europa (OCDE)

Aunque continúa abogando por mantener una política de puertas abiertas a aquellos inmigrantes que acuden por trabajo, la OCDE no puede negar que la crisis financiera ha puesto a prueba la integración de los inmigrantes, tanto en el ámbito laboral como en el ámbito social, tal y como ha reconocido expresamente su Secretario General, Angel Gurría, en el *International Symposium on Integration, Employment and Social Mobility*¹⁰⁷ celebrado el 27 de enero de 2009.

Ante esta constatación, y con el fin de intercambiar ideas sobre la crisis y su impacto sobre la inmigración y la integración de los inmigrantes en el mercado laboral, la OCDE celebró en París el primer *High-Level Policy Forum on Migration*¹⁰⁸ los días 29 y 30 de junio, bajo la presidencia

(103) [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/THB-GRETA\(2009\)3_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/THB-GRETA(2009)3_en.pdf).

(104) Reporter Gisela WURM (SOC), Comisión sobre la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, Asamblea Parlamentaria, Consejo de Europa.

(105) http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/THB_Internetstudy_en.pdf.

(106) http://assembly.coe.int/committeedocs/2007/Trafficking-human-beings_E.pdf.

(107) *Creating Opportunities - Integration, Employment and Social Mobility: European Experiences and Scope for Manoeuvre* (http://www.oecd.org/document/38/0,3343,en_2649_37415_42053286_1_1_1_1,00.html).

(108) <http://www.oecd.org/migration/policyforum>.

Actividad institucional, bibliografía y documentación (julio 2008 - junio 2009)

del ministro francés de Inmigración M. Eric Besson, con ministros y altos funcionarios como participantes. Las conclusiones extraídas de la reunión¹⁰⁹ se orientan básicamente en la línea de mejorar y profundizar en las políticas de integración de los inmigrantes, y sobre todo en la gestión de la migración laboral, para poder contribuir al crecimiento económico del país de acogida y promover el desarrollo del país de origen. Los medios propuestos para lograr este fin abarcan desde el desarrollo de métodos legales de entrada y la agilización del proceso de concesión de visados, hasta el refuerzo de las conexiones entre la migración y el desarrollo del país de origen, que a largo plazo permitirán reducir los obstáculos al retorno. A través de todo ello se pretende desarrollar un sistema de seguimiento del mercado laboral de los inmigrantes, mediante la cooperación a nivel regional y global para gestionar la migración. Al margen de si estas conclusiones se plasman en la práctica de los Estados miembros de la OCDE, es interesante observar cómo dicho foro se sirvió, en gran parte, para sostener sus conclusiones de los datos contenidos en el *International Migration Outlook 2009*¹¹⁰, publicado ese mismo mes de junio de 2009¹¹¹. En dicho informe se señala, paradójicamente, un incremento de flujos migratorios hacia los países de la OCDE, aunque el deterioro de las condiciones laborales a causa de la crisis afecte especialmente a los inmigrantes. Además, dicho informe apunta a una significativa reducción en el número de jóvenes integrados en el mercado laboral, a la vez que las jubilaciones aumentan. También se recuerda a los países miembros de la OCDE que, aunque prefieran programas de migración temporal, ésta es útil sólo en situaciones muy provisionales, por lo que recomienda establecer sistemas oficiales de reclutamiento de migración poco cualificada, la emisión de visados suficientes tramitados con celeridad, y un control fronterizo eficaz, atendiendo al mismo tiempo a las necesidades de estudiantes internacionales y la sanción de los empleadores que contraten migrantes irregulares.

Otras conferencias y reuniones auspiciadas por la OCDE son la *OECD Thematic Review on Migrant Education*¹¹², celebradas en el segundo semestre de 2008 la primera y segunda reunión de expertos sobre educación de los migrantes, que tuvo la ocasión de proceder a un análisis de situación), con representantes de 22 Estados, organizaciones internacionales e investigadores independientes con el fin de aclarar el impacto socioeconómico de la integración de los inmigrantes, visto a través de la experiencia de Bélgica, Nueva Zelanda, Inglaterra, España¹¹³ y Noruega. Igualmente, la *Policy Coherence for Development and Migration High Level Parliamentary*

(109) <http://www.oecd.org/database/50/50/43222094.pdf>.

(110) Se puede acceder a un resumen en español de la publicación «Perspectivas de la migración internacional 2009» a través del enlace <http://www.oecd.org/dataoecd/58/24/43179304.pdf>. También se puede acceder al contenido en inglés del *International Migration Outlook 2009* en el enlace <http://www.oecd.org/els/migration/imo>.

(111) En septiembre de 2008 se había publicado el *International Migration Outlook 2008*, que incluía estadísticas detalladas, tablas y reportajes sobre las tendencias del mercado y de la política migratoria en cada Estado miembro de la OCDE. El *Spanish Country Note* (dentro del *IMO 2008*) contiene datos de 2005 y 2006 sobre el tema. Se puede leer en <http://www.oecd.org/dataoecd/57/29/41256399.pdf>.

(112) La primera reunión tuvo lugar en París los días 21 y 22 de junio de 2008, y la segunda los días 13 y 14 de octubre de 2008. El principal objetivo que se alcanzó fue programar una serie de visitas a los Estados, para comprobar el nivel y las medidas de inclusión de los inmigrantes, principalmente en preescolar, primaria y secundaria. Véase en http://www.oecd.org/document/45/0,3343,en_2649_39263294_41565613_1_1_1_1,00.html.

(113) El *Migrant Education in Spain Brief overview of a new phenomenon* de Rosario Sánchez Núñez-Arenas, del Instituto de Evaluación (Ministerio de Educación y Ciencia), contiene datos y estadísticas de la situación formal en España (<http://www.oecd.org/dataoecd/37/3/40636794.pdf>).

*Conference in Brussels*¹¹⁴, celebrada el 12 de febrero de 2009 junto con el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, reunió a 300 participantes de origen europeo, africano, caribeño y asiático para establecer un acuerdo global a resultados de la crisis económica. En dicha conferencia se habló de los beneficios que podría tener la inmigración para el Estado receptor, de la «fuga de cerebros», de la migración ilegal, de la prevención de la xenofobia y del rol de los medios y de las instituciones públicas. El acuerdo común alcanzado subraya la necesidad de promover la inclusión de los inmigrantes sin dejar de atender las necesidades sociales.

Entre las publicaciones destacables, una vez mencionado el *International Migration Outlook*, se encuentra la publicación *Jobs for Inmigrants Vol. 2: Labour Market Integration in Belgium, France, the Netherlands and Portugal*, que contiene recomendaciones sobre el tema para todos¹¹⁵ los miembros de la Organización, a partir de ejemplos de los cuatro países citados en el título, tales como promover la integración de los inmigrantes (que se considera que tiene un papel clave en la búsqueda de buenos empleos). Además, se ha notado un incremento en la educación de los hijos de migrantes y de su inclusión en el mercado laboral.

También merecen ser citadas las publicaciones *Migration and the global Economy: some stylised Facts* de John P. Martin, director del departamento de trabajo, asuntos laborales y sociales de la OCDE, dedicado a comparar cifras entre los movimientos migratorios de hace alrededor de 40 años y los actuales; *The future of International Migration to OECD Countries*¹¹⁶, publicado el 14 de agosto de 2009, que analiza los principales factores que atraen a los emigrantes y los países que son especialmente «atractivos», y *A Profile of Inmigrant Populations in the 21st Century: Data from OECD Countries*¹¹⁷, que contiene información sobre características y estructura de la población migratoria en los países de la OCDE, además de tablas demográficas, laborales, etc. Estos datos, además de otros anteriores (desde el 2000), se han incluido en la Base de Datos sobre Inmigrantes en los países de la OCDE¹¹⁸.

Entre las publicaciones periódicas, encontramos los *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, en especial el número 79 (marzo de 2009): *Managing highly-skilled Labour Migration: a Comparative Analysis of Migration Policies and Challenges in OECD Countries*¹¹⁹ de Jonathan Chaloff y Georges Lemaitre. Igualmente destacable es el número 93 (septiembre de 2009): *The Welfare Effects of Social Mobility*¹²⁰ de Justina A.V. Fischer, que habla de los efectos positivos de la movilidad extraídos a partir de tablas y estadísticas, que conducen a una satisfacción en la vida individual y la relación con el bienestar. Y de los más especializados *Health*

(114) http://www.oecd.org/document/1/0,3343,en_2649_18532957_41848449_1_1_1,00.html.

(115) <http://oecd.org/els/migration/integration/jobs2> o bien http://www.oecd.org/document/20/0,3343,en_2649_33931_41633620_1_1_1_37415,00.html.

(116) http://oecd.org/document/2/0,3343,en_2649_33707_43483586_1_1_1,00.html.

(117) Se puede acceder a un resumen de la publicación en el enlace www.oecd.org/document/27/0,3343,en_2649_33931_40110299_1_1_1,00.html.

(118) La DIOC (*Database on Inmigrants in OECD Countries*) contiene información comparativa sobre características demográficas y laborales de los inmigrantes que viven en países de la OCDE. Se puede acceder a la base de datos a través del enlace http://www.oecd.org/document/51/0,3343,en_2649_33931_40644339_1_1_1_37415,00.html.

(119) <http://www.ois.oecd.org/olis/2009doc.nsf/LinkTo/NT0000ED2/SFILE/JTO3261489.PDF>.

(120) <http://www.ois.oecd.org/olis/2009doc.nsf/LinkTo/NT00004E86/SFILE/JTO3269664.PDF>.

Working Papers, el número 40: *International Mobility of Health professionals and Health workforce Management in Canada: Myths and realities*¹²¹, de Jean-Christophe Dumont, Pascal Zurn, Jody Church y Christine Le Thi, publicado en octubre de 2008.

C) La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)

La OSCE es una organización internacional cuya misión principal es garantizar la seguridad en Europa y la prevención de conflictos en ese territorio. En la actualidad, son 56 el número de Estados que se integran en esta organización de carácter regional. Son diversas las actividades que lleva a cabo la OSCE. La gestión de la migración y los problemas de seguridad continúan siendo una prioridad para ésta como lo demuestra la elección como tema central del Desarrollo económico de la OSCE y el 17.º Foro ambiental de los Estados de «La gestión de la migración y sus vínculos con las políticas económicas, sociales y medioambientales en beneficio de la estabilidad y la seguridad en la región de la OSCE». La clara relación existente entre seguridad e inmigración hace que temas como la lucha contra la trata de personas, el control de fronteras y el respeto y la garantía de los derechos humanos se conviertan en las principales áreas de las que se ocupa esta organización.

La lucha contra la trata de personas se ha convertido, desde la adopción del Plan de Acción de la OSCE para la lucha contra la trata de seres humanos en 2003¹²², en una de las prioridades de la Organización. Para cumplir con las obligaciones que este Plan supone se creó un órgano especial en el seno de la organización, que desde 2006 recibe el nombre de Oficina del Representante Especial y Coordinación para la lucha contra la trata de personas. La oficina del representante especial para la lucha contra la trata de personas coordina y coopera con las distintas instituciones de la OSCE y también con los Estados miembros en la lucha contra la trata de personas para lograr una mayor eficacia y eficiencia en los resultados de las actividades, proyectos e investigaciones que se realizan sobre el tema, intentando evitar la duplicidad de esfuerzos. Las actividades que se llevan a cabo son numerosas y de muy diversa naturaleza: desde el asesoramiento para reformas legislativas y la adopción de políticas públicas, pasando por la formación de las autoridades policiales competentes y la mejora de los documentos de viaje, así como el análisis del impacto económico de todas las formas de trata de personas, finalizando con campañas informativas y de sensibilización.

Se han realizado, en este último año, dos importantes seminarios que han servido de foro para el intercambio de información entre los distintos Estados miembros, así como una plataforma para la búsqueda de proyectos tanto de carácter multidisciplinar como de carácter transnacional, para luchar contra la trata de personas. Estos seminarios fueron: *Technical seminar on trafficking for labour exploitation focusing on the agricultural sector* (Viena, 27-28 de abril de 2009) y *OSCE Conference on identifying ways to successfully prosecute cases of human trafficking* (Helsinki, 10-11 de septiembre de 2008). Entre las publicaciones relacionadas con la trata de personas deben destacarse «*A summary of challenges on addressing human trafficking for labour exploitation in the agricultural sector in the OSCE region*» (Tercer Occasional Paper series. Julio de 2009), «*Media toolkit for reporting about human trafficking*» (abril de 2009), «*Needs*

(121) <http://www.oecd.org/dataoecd/7/59/41590427.pdf>.

(122) Decisión del Consejo Ministerial de Maastrich núm. 2, *Lucha contra la trata de personas*, de 2003.

assessment of the national referral Mechanism form victims of trafficking in human beings in Ukraine» (junio de 2009), «*Media toolkit for reporting about human trafficking»* (abril de 2009) y «*Efforts to combat trafficking in human beings in the OSCE area: co-ordination and reporting mechanisms»* (febrero de 2009)¹²³.

El Programa para la no discriminación iniciado en 2004, del cual se encarga la OIDDH, tiene como tarea fundamental facilitar la recogida de información y estadísticas de los distintos Estados, así como difundir las mejores prácticas para luchar contra el odio, y la xenofobia y otras formas de intolerancia, y prevenir los posibles delitos relacionados con éstas. En *Bolzano/Bozen recommendations on National Minorities in Inter-State Relations* (octubre de 2008) se aborda la situación de las minorías nacionales.

La cuestión de género e inmigración se ha ido convirtiendo en un tema de especial importancia para la OSCE, como lo demuestra la publicación *Guide on Gender-Sensitive Labour Migration Policies* (mayo de 2009); esta guía tiene como finalidad servir de herramienta para los responsables políticos, analizando las políticas migratorias desde una perspectiva de género y proporcionando ejemplos de buenas prácticas. En este sentido, también se ha realizado el *Seminar on gender-sensitive labour migration policies* (febrero de 2009, Eslovenia).

A finales del año 2009 se espera la publicación del *Training Manual on Labour Migration Management*, elaborado por la OSCE en colaboración con la ILO.

III. LA ACTIVIDAD INSTITUCIONAL, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

El año 2008-2009 ha sido un período de intensa actividad normativa en materia de inmigración y asilo para las principales instituciones de la Unión Europea, aunque cada una de ellas a los ritmos que le son propios.

Así, las presidencias de Francia (2.ª semana de 2008) y la República Checa (1.ª semana de 2009), coordinadas mediante el sistema de «tríos de presidencias» con la precedente (Eslovenia, 1.ª semana de 2008) y posterior (Suecia, 2.ª semana de 2009) han podido ofrecer cierta continuidad en la agenda política del Consejo de Ministros y del *Consejo Europeo*, si bien con acentos e intensidades distintas en cada presidencia. Como es sabido, una de las primeras acciones de la Presidencia francesa del segundo semestre de 2008 fue la presentación en el Consejo Europeo de 19-20 de junio de 2008 de una propuesta para un *Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo*¹²⁴, que se adoptaría poco después con variaciones sustanciales sobre su redacción original. Durante el período de esta crónica, los sucesivos *Consejos de Ministros (JAI)*, celebrados cada dos meses, abordaron cuestiones como la retención de datos de pasajeros o la incorporación de Suiza a la zona Schengen (Consejo JAI de diciembre de 2008); el estado del SIS-II, la nueva propuesta de creación de una Oficina Europea de Apoyo en Asilo, la situación de los refugiados iraquíes en la Unión y la lucha contra la inmigración ilegal en el Mediterráneo (Consejo JAI de febrero de 2009); las propuestas para avanzar en la lucha contra el abuso sexual y la explotación de niños

(123) <http://www.osce.org/publications/>.

(124) *Pacto Europeo de Inmigración y Asilo*, Consejo Justicia e Interior de 25 de septiembre de 2008 y adoptado por el Consejo Europeo de Bruselas de 15 de octubre de 2008.

Actividad institucional, bibliografía y documentación (julio 2008 - junio 2009)

y la trata de personas, la adopción de un permiso de residencia único en la Comunidad así como sobre un conjunto de derechos comunes para todos los trabajadores extranjeros o la transformación de Europol en agencia (Consejo JAI de abril de 2009); los últimos avances en relación al SIS-II, la situación del asilo y la inmigración en el Mediterráneo y la solidaridad en la reducción de la inmigración ilegal (Consejo JAI de junio de 2009). El Consejo Europeo reunido en junio de 2009 igualmente apuntó la importancia de adoptar durante la presidencia sueca el programa de acción 2010-2014 («Programa de Estocolmo») propuesto por la Comisión, la necesidad de adoptar medidas para reducir la inmigración ilegal y la necesidad de reforzar la cooperación con los Estados de origen y tránsito.

Igualmente intensa ha sido la *actividad parlamentaria* hasta finales de 2008, pues la previsión de elecciones al Parlamento Europeo a mediados de 2009 ha intensificado el trabajo parlamentario sobre algunos textos normativos cuyo decaimiento por disolución del Parlamento Europeo se quería evitar; es más, las cuestiones de inmigración y asilo han jugado –aunque fuera en el debate nacional– un rol destacado en la campaña política para cubrir los puestos de esta institución. Tras las elecciones de 2009 el Parlamento Europeo refleja una nueva alineación de fuerzas políticas que bascula hacia la derecha, en mayor sintonía con el Consejo, donde en los últimos años han ido logrando mayoría Gobiernos conservadores. Esta nueva orientación del Parlamento puede facilitar la consecución de acuerdos en materia de inmigración y asilo, sin embargo, esa pérdida de capacidad de tensión con el Consejo seguramente trasladará el protagonismo en la defensa de los derechos de los extranjeros al Tribunal de Justicia y a la Comisión, hipótesis que deberá valorarse en las próximas crónicas.

Por su parte, la *Comisión Europea*, a través de la DG JLS, ha tenido que programar su acción política y normativa, a partir de la herencia dejada por el anterior Comisario Frattini, consistente en una gran cantidad de proyectos en curso¹²⁵, con un horizonte temporal muy reducido, de apenas un año, pues los puestos de Presidente y Comisarios iban a ser renovados a finales de 2009 (recuérdese que el Comisario Jacques Barrot sólo ha sido titular oficial de ésta desde mayo de 2008, pues antes lo fue sólo interinamente) y, ante la incertidumbre respecto de su posible renovación, era políticamente ineludible seleccionar y priorizar algunos trabajos sobre otros¹²⁶. En desarrollo de los mandatos de las otras instituciones, pero con un amplio margen de acción, la Comisión en este período ha contribuido sustancialmente a fijar la agenda política de los próximos años mediante un par de iniciativas destacadas: partiendo de un proceso de consulta pública sobre la definición de las prioridades para el espacio de libertad, seguridad y

(125) COM (2006) 735, de 30 de noviembre de 2006, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council *The Global approach to migration one year on: Towards a comprehensive European migration policy*. COM (2006) 733 Communication from the Commission *Reinforcing the management of the European Union's Southern Maritime Border*. COM (2006) 402, 19 de julio de 2006 Communication from the Commission on *Policy priorities in the fight against illegal immigration of third-country nationals*. COM (2006) 892, 30 de junio de 2006 Commission Staff Working Document – *Second Annual Report on Migration and Integration*. COM (2006) 26, 25 de enero de 2006 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – *Thematic programme for the cooperation with third countries in the areas of migration and asylum*. COM (2006) 67 final 17 de febrero de 2006. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on *strengthened practical cooperation – New structures, new approaches: improving the quality of decision making in the Common European Asylum System*.

(126) Como comentábamos en la crónica anterior, la Comisión ralentizó en 2008 la presentación de propuestas como la *Directiva relativa a la entrada y la residencia de trabajadores temporeros* o la propuesta de *Directiva sobre la entrada, la estancia temporal y la residencia de las personas trasladadas dentro de una misma empresa*.

justicia para el siguiente lustro (2010-2014), presentado por la Comisión al Consejo en 2008¹²⁷, ha elaborado el informe de evaluación del progreso realizado bajo el Programa de La Haya¹²⁸, trabajo que ha servido de base a la propuesta, en junio de 2009, de un programa de acción para los próximos cinco años sobre la base de los avances previos en esta materia («Programa de Estocolmo»¹²⁹). Igualmente destacable es la labor de examen del paquete de medidas de seguridad adoptadas por el Gobierno de Berlusconi durante el segundo semestre de 2008 para estudiar su compatibilidad con las disposiciones comunitarias sobre entrada y residencia de ciudadanos comunitarios y de sus familias, así como respecto de la normativa comunitaria en materia de reagrupación familiar de extracomunitarios.

En relación a la gestión de los *fondos comunitarios de inmigración y asilo*, la Comisión aprobó en noviembre de 2008 la asignación a Malta de fondos comunitarios para asistencia a los refugiados, así como fondos para la integración de ocho países (España, Finlandia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, República Checa, Eslovaquia, Rumanía) así como también del fondo de fronteras exteriores para Eslovaquia y Francia. En julio de 2009 adoptaba igualmente un conjunto de modificaciones a la normativa sobre los fondos relativos a refugiados¹³⁰, integración¹³¹, retorno¹³² y fronteras exteriores¹³³, que conforman el Programa General «Solidaridad y Gestión de Flujos Migratorios» para el período 2008-2013.

Finalmente, el período analizado ha venido marcado por la incógnita abierta por el resultado del referéndum irlandés sobre el *Tratado de Lisboa* previsto para octubre de 2009, cuyo resultado positivo sólo despejaría tales dudas pasado el período objeto de estudio en esta crónica. Evidentemente, la organización del trabajo ha tenido que ajustarse a la incógnita sobre si las competencias e instrumentos a disposición de ésta en el futuro inmediato iban a ser las mismas o iban a contar con un marco normativo renovado¹³⁴.

(127) http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0001_en.htm.

(128) COM (2009) 263, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0263:FIN:ES:PDF>.

(129) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0262:FIN:ES:PDF>.

(130) Commission Decision 2009/533/EC of 9 July 2009 amending Decision 2008/22/EC of 19 December 2007 laying down rules for the implementation of Decision No. 573/2007/EC of the European Parliament and of the Council of 23 May 2007 establishing the European Refugee Fund for the period 2008 to 2013 as part of the General programme «Solidarity and Management of Migration Flows as regards Member States» management and control systems, the rules for administrative and financial management and the eligibility of expenditure on projects co-financed by the Fund (OJ L 179 of 10 July 2009, p. 62).

(131) Commission Decision 2009/534/EC of 9 July 2009 amending Decision 2008/457/EC of 5 March 2008 laying down the rules for the implementation of Council Decision 2007/435/EC, etc. (OJ L 179 of 10 July 2009, p. 64).

(132) Commission Decision 2009/614/EC of 23 July 2009 amending Decision 2008/458/EC laying down the rules for the implementation of Decision No 575/2007/EC, etc. (OJ L 210 of 14 August 2009, p. 36).

(133) Commission Decision 2009/538/EC of 10 July 2009 amending Decision 2008/456/EC of 5 March 2008 laying down the rules for the implementation of Decision No 574/2007/EC, etc. (OJ L 180 of 11 July 2009, p. 20).

(134) El Tratado contiene algunas novedades destacables en el ámbito de la JLS; en otros ámbitos, sin embargo, el Tratado simplemente consagra objetivos ya alcanzados, como la mayoría cualificada en el Consejo y el procedimiento de codecisión con el Parlamento Europeo respecto de las materias de inmigración y asilo, como mecanismos ordinarios de adopción de decisiones.

Actividad institucional, bibliografía y documentación (julio 2008 - junio 2009)

A continuación se analizan los trabajos realizados durante el período 2008-2009, por bloques de actividad.

En materia de visados, tal y como se apuntó en la crónica anterior, se ha continuado el despliegue normativo¹³⁵ del Reglamento para el establecimiento del Sistema de Información de Visados¹³⁶ (SIV, más conocido por sus siglas en inglés VIS), entre cuyas disposiciones se encuentra la regulación del conjunto de autoridades competentes para su consulta en el marco de la lucha contra el terrorismo¹³⁷, disposición impugnada por el Reino Unido por carecer de acceso a éste con fines policiales (Caso *UK v. Consejo*, C-482/08). Entre las disposiciones adoptadas en 2009 en relación al recién creado VIS destacan las de modificación del Reglamento del Código de Fronteras Schengen¹³⁸, la adopción de medidas de desarrollo del procedimiento de consulta establecido en el artículo 16 del Reglamento VIS¹³⁹ así como el establecimiento de especificaciones sobre el uso de huellas dactilares e identificadores biométricos en el VIS¹⁴⁰. Del mismo modo, se modifican las Instrucciones Consulares Comunes (ICC) en numerosas ocasiones para adecuarlas a: primero, la exigencia de determinados requisitos a los nacionales de terceros Estados para la obtención de visados aeroportuarios¹⁴¹; segundo, la modificación de algunos aspectos relativos a los visados diplomáticos indonesios¹⁴²; tercero, la modificación del régimen de los

(135) Commission Decision 2008/602/EC of 17 June 2008 laying down the physical architecture and requirements of the national interfaces and of the communication infrastructure between the central VIS and the national interfaces for the development phase (OJ L 194 of 23 July 2008, p. 3). Regulation (EC) No. 767/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 concerning the Visa Information System (VIS) and the exchange of data between Member States on short-stay visas (VIS Regulation) (OJ L 218 of 13 August 2008, p. 60).

(136) *Reglamento 767/CE/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (DOCE L-218/60, de 13 de agosto de 2008)*, que trae origen de la Propuesta COM (2004) 835 final.

(137) Council Decision 2008/633/JHA of 23 June 2008 concerning access for consultation of the Visa Information System (VIS) by designated authorities of Member States and by Europol for the purposes of the prevention, detection and investigation of terrorist offences and of other serious criminal offences (OJ L 218 of 13 August 2008, p. 129).

(138) Regulation (EC) No. 81/2009 of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 amending Regulation (EC) No. 562/2006 as regards the use of the Visa Information System (VIS) under the Schengen Borders Code (OJ L 35 of 4 February 2009, p. 56).

(139) Commission Decision 2009/377/EC of 5 May 2009 adopting implementing measures for the consultation mechanism and the other procedures referred to in article 16 of Regulation (EC) No. 767/2008 of the European Parliament and of the Council concerning the Visa Information System (VIS) and the exchange of data between Member States on short-stay visas (VIS Regulation) (OJ L 117 of 12 May 2009, p. 3).

(140) Commission Decision 2009/756/EC of 9 October 2009 laying down specifications for the resolution and use of fingerprints for biometric identification and verification in the Visa Information System (OJ L 270 of 15 October 2009, p. 14).

(141) Council Decision 2008/859/EC of 4 November 2008 amending Annex 3, Part I, of the Common Consular Instructions on third country nationals subject to airport visa requirements (OJ L 303 of 14 November 2008, p. 19). Ténganse en cuenta la precedente Council Decision (2008/374/EC) of 29 April 2008 amending Annex 3, Part I, to the Common Consular Instructions on third-country nationals subject to airport visa requirements (OJ L 129 of 17 May 2008, p. 46).

(142) Council Decision 2009/171/EC of 10 February 2009 amending Annex 2, Schedule A, to the Common Consular Instructions on the visa for the diplomatic missions and consular posts, in relation to visa requirements for holders of Indonesian diplomatic and service passports (OJ L 61 of 5 March 2009, p. 17).

adhesivos del visado¹⁴³; cuarto, la inclusión en los visados diplomáticos y consulares de datos biométricos¹⁴⁴. En conexión con lo anterior, destaca también la regulación mediante Reglamento de los estándares de seguridad para la inclusión de datos biométricos incluidos en los documentos de viaje y pasaportes¹⁴⁵.

Con el VIS de telón de fondo, durante este período destaca también la aprobación del Reglamento 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 para un Código Comunitario de Visados¹⁴⁶ (Código de Visados). El Código, que fue acordado a mediados de 2009 y publicado tardíamente en septiembre de 2009, regula los procedimientos y condiciones para la expedición de visados de tránsito o para estancias inferiores a tres meses en un período de seis, es decir de visados uniformes. El Reglamento, en conjunción con el Reglamento que contiene la lista común de nacionales de países terceros a los que se exige visado para entrar en la Unión, regula el régimen de visado, su expedición por las autoridades consulares del país de destino u otro por delegación, pero presente en el Estado de residencia del solicitante, las reglas de determinación del Estado competente para la emisión del visado, la representación del solicitante y su personación en el consulado, la regulación de la solicitud, los documentos de acompañamiento de ésta (destacadamente el seguro de viaje), de su presentación, del cobro de las tasas y de la toma de datos biométricos (excepto menores de 12 años e imposibilitados, además de Jefes de Estado y Gobierno), el régimen de admisión y sellado inicial de la solicitud, los trámites de admisión anteriores a la expedición del visado o a su denegación y el procedimiento de resolución y comunicación y recurso contra ella. A tal efecto se establecen obligaciones de recopilación estadística, registro de datos, cooperación entre los Estados miembros así como con intermediarios comerciales y, finalmente, la denominada «cooperación local Schengen», que es la que mantendrán las autoridades consulares en cada país al efecto de coordinar y cooperar en materia de expedición de visados uniformes.

En tercer lugar, se amplía el número de Estados vecinos con los que se firman acuerdos de simplificación del procedimiento de obtención de visados; siguiendo la estela de años anteriores, en que los acuerdos cerrados lo fueron con Estados limítrofes¹⁴⁷, en septiembre de 2008 la Comisión recomendaba al Consejo la apertura de negociaciones a este fin con Georgia, acuerdo que, sin embargo, no se concluyó en el período recogido en esta crónica. Por el contrario, entre los acuerdos concluidos en 2008-2009 figuran varios cerrados con diversas islas pertenecientes

(143) Council Decision 2008/905/EC of 27 November 2008 amending Annex 13 to the Common Consular Instructions on filling in visa stickers (*OJ L* 327 of 5 December 2008, p. 19); Council Decision 2008/972/EC of 18 December 2008 amending Annex 13 to the Common Consular Instructions on filling in visa stickers (*OJ L* 345 of 23 December 2008, p. 88).

(144) Regulation (EC) No. 390/2009 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 amending the Common Consular Instructions on visas for diplomatic missions and consular posts in relation to the introduction of biometric including provisions on the organisation of the reception and processing of visa applications (*OJ L* 131 of 28 May 2009, p. 1).

(145) Regulation (EC) No. 444/2009 of the European Parliament and of the Council of 28 May 2009 amending Council Regulation (EC) No. 2252/2004 on standards for security features and biometrics in passports and travel documents issued by Member States (*OJ L* 142 of 6 June 2009, p. 1).

(146) *DOCE L*-243/1, de 15 de septiembre de 2009.

(147) Véanse las referencias de los acuerdos con Rusia, Albania, Serbia, Montenegro, Bosnia-Herzegovina, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Moldavia y Ucrania, en la crónica anterior.

Actividad institucional, bibliografía y documentación (julio 2008 - junio 2009)

a la *Commonwealth*: Antigua y Barbuda¹⁴⁸, Barbados¹⁴⁹, Mauricio¹⁵⁰, Bahamas¹⁵¹, Seychelles¹⁵² o Saint Kitts¹⁵³.

En materia de controles fronterizos, en 2009 se extiende el acervo Schengen a Suiza, sumando con ello 25 Estados¹⁵⁴, y se adoptan algunas especificaciones técnicas sobre la red de consultas Schengen¹⁵⁵, sobre el proceso de transición del SIS al SIS-II¹⁵⁶ y sobre el intercambio de datos sobre pasajeros con Australia¹⁵⁷. A caballo entre el control de fronteras y la gestión de la inmigración, otro de los grandes ejes de actividad de la Unión es la lucha contra la inmigración ilegal, materia en la que destaca la adopción de la *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*

(148) Agreement between the European Community and Antigua and Barbuda on the short-stay visa waiver (*OJ L* 169 of 30 June 2009, p. 3); Council Decision 2009/478/EC of 6 April 2009 on the signing and the provisional application of the Agreement between the European Community and Antigua and Barbuda on the short-stay visa waiver (*OJ L* 169 of 30 June 2009, p. 1).

(149) Agreement between the European Community and Barbados on the short-stay visa waiver (*OJ L* 169 of 30 June 2009, p. 10); Council Decision 2009/478/EC of 6 April 2009 on the signing and the provisional application of the Agreement between the European Community and Barbados on the short-stay visa waiver (*OJ L* 169 of 30 June 2009, p. 9).

(150) Agreement between the European community and Republic of Mauritius on the short-stay visa waiver (*OJ L* 169 of 30 June 2009, p. 17); Council Decision 2009/478/EC of 6 April 2009 on the signing and the provisional application of the Agreement between the European Community and Republic of Mauritius on the short-stay visa waiver (*OJ L* 169 of 30 June 2009, p. 16).

(151) Agreement between the European Community and the Commonwealth of the Bahamas on the short-stay visa waiver (*OJ L* 169 of 30 June 2009, p. 24); Council Decision 2009/478/EC of 6 April 2009 on the signing and the provisional application of the Agreement between the European Community and the Commonwealth of the Bahamas on the short-stay visa waiver (*OJ L* 169 of 30 June 2009, p. 23).

(152) Agreement between the European Community and the Republic of Seychelles on the short-stay visa waiver (*OJ L* 169 of 30 June 2009, p. 31); Council Decision 2009/478/EC of 6 April 2009 on the signing and the provisional application of the Agreement between the European Community and the Republic of Seychelles on the short-stay visa waiver (*OJ L* 169 of 30 June 2009, p. 30).

(153) Agreement between the European Community and the Federation of Saint Kitts and Nevis on the short-stay visa waiver (*OJ L* 169 of 30 June 2009, p. 38); Council Decision 2009/478/EC of 6 April 2009 on the signing and the provisional application of the Agreement between the European Community and the Federation of Saint Kitts and Nevis on the short-stay visa waiver (*OJ L* 169 of 30 June 2009, p. 37).

(154) Council Decision 2008/903/EC of 27 November 2008 on the full application of the provisions of the Schengen acquis in the Swiss Confederation (*OJ L* 327 of 5 December 2008, p. 15).

(155) Council Decision 2008/910/EC of 27 November 2008 amending Parts 1 and 2 of the Schengen consultation network (technical specifications) (*OJ L* 328 of 6 December 2008, p. 38).

(156) Council Regulation (EC) No. 1104/2008 of 24 October 2008 on migration from the Schengen Information System (SIS 1+) to the second generation Schengen Information System (SIS II) (*OJ L* 299 of 8 November 2008, p. 1); Council Decision 2008/839/JHA of 24 October 2008 on migration from the Schengen Information System (SIS 1+) to the second generation Schengen Information System (SIS II) (*OJ L* 299 of 8 November 2008, p. 43); Commission Decision 2009/724/JHA of 17 September 2009 laying down the date for the completion of migration from the Schengen Information System (SIS 1+) to the second generation Schengen Information System (SIS II) (*OJ L* 257 of 30 September 2009, p. 41).

(157) Council Decision 2008/651/CFSP/JHA of 30 June 2008 on the signing, on behalf of the European Union, of an Agreement between the European Union and Australia on the processing and transfer of European Union –sourced passenger name record (PNR) data by air carriers to the Australian Customs Service (*OJ L* 213 of 8 of August 2008, p. 47); Agreement between the European Union and Australia on the processing and transfer of European Union –sourced passenger name record (PNR) data by air carriers to the Australian Customs Service (*OJ L* 213 of 8 of August 2008, p. 49).

*medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular*¹⁵⁸. En este ámbito, destaca la propuesta de junio de 2009 de la Comisión de establecer una Agencia encargada de la gestión operativa de sistemas de información a larga escala, en la que se incluirían el SIS-II, el VIS, EURODAC, así como algunos otros sistemas parecidos adoptados en el ámbito de la libertad, seguridad y justicia¹⁵⁹. Por otro lado, en la definición de una política y normativa común sobre el retorno de nacionales de terceros Estados, un elemento fundamental es la *Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 sobre los estándares mínimos y procedimiento de retorno de extranjeros*¹⁶⁰, publicada finalmente en el segundo semestre de 2008, así como sus complementarios tratados de readmisión con países terceros¹⁶¹, de los que en 2008-2009 destaca la firma del Acuerdo con Pakistán.

Estrechamente vinculado a la lucha contra la inmigración ilegal, pero con una problemática específica, la intervención en materia de lucha contra el tráfico de personas sigue ganando cada vez mayor atención en las instituciones comunitarias. En octubre de 2010 y aprovechando el Día Europeo de Lucha contra el Tráfico de Personas, se adoptó por la Comisión un documento de trabajo titulado *Evaluation and monitoring of the implementation of the EU Plan on best practices, standards and procederes for combating and preventing trafficking in human beings*¹⁶². Igualmente, la Comisión presentó en marzo de 2009 una propuesta de modificación de la Decisión Marco sobre tráfico¹⁶³, dirigida a definir mejor el delito de tráfico (en Derecho español trata de personas), su punición, prevención, la jurisdicción competente, los derechos procesales de las víctimas y el apoyo a éstas, así como el seguimiento y evaluación de la actividad en este ámbito.

Relacionado con lo anterior, pero ya en el marco de la lucha contra el crimen organizado, se inscriben algunos avances importantes que exceden el objeto de esta crónica y que pretenden mejorar la lucha policial y penal contra el crimen organizado¹⁶⁴, reforzando las bases legales de

(158) DOCE L-168, de 30 de junio de 2009.

(159) COM(2009) 292 final Communication from the Commission on a legislative package establishing an Agency for the operational management of largescale IT systems in the area of freedom, security and justice.

(160) Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member-States for returning illegally staying third-country nationals (OJ L 348 of 24 December 2008, p. 98).

(161) En 2005 con Hong Kong, Macao y Sri Lanka, en 2006 con Albania, en 2007 con Rusia, Ucrania Serbia, Moldavia, Montenegro, Bosnia-Herzegovina y la Antigua República Yugoslava de Macedonia, acuerdos todos ellos negociados en paralelo con los acuerdos de simplificación de visados.

(162) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0657:FIN:EN:PDF>.

(163) Proposal for a Council Framework Decision of 25 March 2009 on preventing and combating trafficking in human beings, and protecting victims, repealing Framework Decision 2002/629/JHA COM(2009) 136 final.

(164) Communication of the Commission of 20 November 2008 on the proceeds of organised crime – «Ensuring that “crime does not pay”», COM(2008) 766 final. Council Decision 2009/371/JHA of 6 April 2009 establishing the European Police Office (OJ L 121 of 15 May 2009, p. 37). Igualmente, para facilitar su funcionamiento en este período se adoptaban las siguientes decisiones: Council Decision 2007/673/EC of 15 October 2007 amending the Council Act adopting rules applicable to Europol analysis files (2007/673/EC) (OJ L 277 of 20 October 2007, p. 23) o la Council Decision 2009/167/EC of 26 February 2009 amending the Decision of 27 March 2000 authorising the Director of Europol to enter into negotiations on agreements with third States and non-EU related bodies (OJ L 56 of 28 February 2009, p. 15); Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime (OJ L 300 of 11 November 2008, p. 42); Council Deci-

Actividad institucional, bibliografía y documentación (julio 2008 - junio 2009)

las actuaciones judiciales y policiales penales en la investigación y procesamiento por delitos, pero compatibilizándolas con un conjunto de garantías de las personas procesadas (reconocimiento mutuo de distintos tipos de decisiones judiciales¹⁶⁵, intercambio de información sobre historiales delictivos y creación de un sistema de información sobre historiales delictivos –ECRIS–¹⁶⁶, órdenes europeas de obtención de pruebas¹⁶⁷, valor de las condenas en otros Estados miembros¹⁶⁸, etc.).

Como hemos apuntado, en materia de gestión de la inmigración regular destaca la adopción de 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* («blue card»)¹⁶⁹; han continuado al ralenti los debates en el Consejo sobre la base de las enmiendas del Parlamento a la propuesta de *Directiva sobre un procedimiento común de solicitud de permiso de residencia y trabajo único y un conjunto de estándares sobre los derechos de los trabajadores de terceros Estados*¹⁷⁰, pero continúan pendientes de aprobación en el Consejo, que ha adoptado sendos documentos en noviembre de 2008 y abril de 2009, sin que el texto lograra la aprobación definitiva. Por su lado, la Comisión ha presentado algunos informes relevantes, por ejemplo para reforzar la estrategia basada en la Aproximación Global al Fenómeno de la

sion 2009/426/JHA of 16 December 2008 on the strengthening of Eurojust and amending Decision 2002/187/JHA setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime (*OJ L* 138 of 4 June 2009, p. 14).

(165) Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February 2009 amending Framework Decisions 2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, thereby enhancing the procedural rights of persons and fostering the application of the principal of mutual recognition to decisions rendered in the absence of the person concerned at the trial (*OJ L* 81 of 27 March 2009, p. 24). Declaration for the purposes of Article 8(3) of Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February 2009 amending Framework Decisions 2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, thereby enhancing the procedural rights of persons and fostering the application of the principal of mutual recognition to decisions rendered in the absence of the person concerned at the trial (*OJ L* 97 of 16 April 2009, p. 26); Council Framework Decision 2008/909/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments in criminal matters imposing custodial sentences or measures involving deprivation of liberty for the purpose of their enforcement in the European Union (*OJ L* 327 of 5 December 2008, p. 27); Council Framework Decision 2008/947/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments and probation decisions with a view to the supervision of probation measures and alternative sanctions (*OJ L* 337 of 16 December 2008, p. 102).

(166) Council Framework Decision 2009/315/JHA of 26 February 2009 on the organisation and content of the exchange of information extracted from the criminal record between Member States (*OJ L* 93 of 7 April 2009, p. 23); Council Framework Decision 2009/316/JHA of 6 April 2009 on the establishment of the European Criminal Records Information System (ECRIS) in application of Article 11 of Framework Decision 2009/315/JHA (*OJ L* 93 of 7 April 2009, p. 33); Council Framework Decision 2008/977/JHA of 27 November 2008 on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters (*OJ L* 350 of 30 December 2008, p. 60).

(167) Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters (*OJ L* 350 of 30 December 2008, p. 72).

(168) Council Framework Decision 2008/675/JHA of 24 July 2008 on taking account of convictions in the member States of the European Union in the course of new criminal proceedings (*OJ L* 220 of 15 August 2008, p. 32).

(169) *DOCE L*-155/17, 18 de junio de 2009.

(170) COM(2007) 638 final, 23 de octubre de 2007, *Proposal for a Council Directive on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State*.

Inmigración¹⁷¹, sobre la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar de ciudadanos extracomunitarios, donde se insiste en el carácter de fundamental del derecho a la vida familiar¹⁷², o sobre la aplicación de la Directiva 2004/38/CE sobre el derecho de circulación de los ciudadanos comunitarios y sus familias, vistas determinadas prácticas estatales restrictivas de sus derechos¹⁷³; también se ha pronunciado sobre la admisión de Irlanda en la «European Migration Network» creada en 2008¹⁷⁴. Igualmente interesante es el estudio sobre las prácticas de regularización de extranjeros adoptadas en los Estados miembros¹⁷⁵, estudio encargado para recopilar datos, estadísticas, información jurídica y económica sobre materias relacionadas con las regularizaciones de cara a la adopción de mejores disposiciones comunitarias en esta área¹⁷⁶.

En el ámbito de la integración, la acción de la Comunidad se proyecta sobre dos o tres planos diferentes. El primero, consistente en la promoción de la igualdad y la lucha contra la discriminación, incluso con medidas legislativas, ha girado en torno a la adopción de la *Decisión Marco de lucha contra determinadas expresiones racistas o xenófobas a través del Derecho Penal*¹⁷⁷; en línea semejante, en marzo de 2009 el Parlamento Europeo respaldaba una propuesta de Directiva de la Comisión dirigida a combatir la discriminación en el acceso a servicios generales (vivienda, protección social, salud, educación, etc.)¹⁷⁸. En el segundo plano, el de la integración propiamente dicha, donde la Comunidad no ostenta competencias legislativas, su acción se centra en acciones de promoción de la integración y de buenas prácticas en este ámbito, destacando por ejemplo la apertura por la Comisión en abril de 2009 de una web especializada en integración («European Web Site on Integration») y la creación de un fórum («European Integration

(171) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 8 October 2008 – Strengthening the Global Approach to Migration: Increasing coordination, coherence and synergies [COM(2008) 611 final], disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0611:FIN:ES:PDF>.

(172) Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar COM/2008/0610 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0610:FIN:ES:PDF>.

(173) COM (2008) 840/3: Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

(174) Commission Decision 2009/350/EC of 28 April 2009 on the request by Ireland to accept Council Decision 2008/381/EC establishing a European Migration Network (OJ L 108 of 29 April 2009, p. 53).

(175) International Centre for Migration Policy Development (ICMPD): *Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the EU (Spain, Italy, Greece, France, UK, Switzerland)*, 2009.

(176) *Communication on policy priorities in the fight against illegal immigration of third-country nationals* [COM(2006) 402 of 19 July 2006].

(177) Council Framework Decision 2008/913/JHA on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law (OJ L 328 of 6 December 2008, p. 55).

(178) Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual [COM/2008/0426 final], disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0426:FIN:ES:PDF>.

Forum», que tiene por finalidad recoger las mejores prácticas y devenir puntos de referencia en la información e intercambio de experiencias en esta materia¹⁷⁹.

Un tercer plano de intervención comunitaria reposa en la protección de derechos, especialmente de las minorías étnicas o religiosas¹⁸⁰ y otros colectivos vulnerables, plano en el que juega un creciente papel la *Agencia de Derechos Fundamentales* de la Unión Europea, cuyo programa plurianual de trabajo¹⁸¹, que incluye la supervisión de la actividad de los Estados y la promoción de buenas prácticas, es sumamente esclarecedor sobre el rol que jugará esta Agencia en los próximos años, siendo los derechos de los inmigrantes y las minorías, directa o indirectamente, un área en la que la FRA va actuar a favor de la integración a través de los derechos, rol que no resulta extraño a la vista de la institución sobre la que se ha construido y que la antecedió¹⁸².

En materia de asilo, en este período se presentaba la propuesta de *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo*¹⁸³, todavía en tramitación, pues se aprobó en primera lectura en el Parlamento Europeo con algunas enmiendas, que en parte han sido aceptadas por el Consejo, si bien el procedimiento de adopción aún no había concluido a mediados de 2009¹⁸⁴. A lo largo de 2008-2009, la Unión adoptó un protocolo al acuerdo con Suiza y Liechtenstein por el cual se sumaban al sistema comunitario de determinación del Estado responsable de examinar las peticiones de asilo mediante una Decisión del Consejo¹⁸⁵.

En el plano jurisdiccional, el análisis de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) es fundamental para una correcta interpretación del Derecho comunitario de inmigración y asilo. El TJCE se ha convertido en muchas ocasiones en el verdadero motor de la Unión Europea, su jurisprudencia consolida y desarrolla el régimen de extranjería en los Estados miembros, garantizando el respeto de los derechos humanos y las libertades comunitarias. Son numerosas las sentencias que este año ha dictado el TJCE en materia de extranjería, abarcando diversos temas, desde la libre circulación de personas, asilo y protección subsidiaria a la interpretación de determinados acuerdos y tratados firmados por la Comunidad Europea con Terceros Estados, así como la igualdad de trato.

(179) <http://ec.europa.eu/ewsi/en/index.cfm>.

(180) FRA: *Data in Focus. Survey on Muslims*, Col. EU-MIDIS, núm. 2, Viena 2009, http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/EU-MIDIS_MUSLIMS_EN.pdf.

(181) Council Decision 2008/203/EC of 10 October 2008 implementing Regulation (EC) No. 168/2007 as regards the adoption of a Multi-annual Framework for the European Agency for Fundamental Rights for 2007-2012 (*OJ L* 63 of 7 March 2008, p. 14).

(182) European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia (EUMC), con sede también en Viena.

(183) COM(2009)0066, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0066:FIN:ES:PDF>.

(184) http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=197948.

(185) Council Decision 2009/487/EC of 24 October 2008 on the conclusion of a Protocol between the European Community, The Swiss Confederation and the Principality of Liechtenstein to the Agreement between the European Community and the Swiss Confederation concerning the criteria and the mechanisms for establishing the State responsible for examining a request for asylum lodged in a Member State or in Switzerland (*OJ L* 161 of 24 June 2009, p. 6).

En materia de asilo la *STJCE de 29 de enero de 2009 (Asunto C-19/08)*¹⁸⁶ tiene como objeto la interpretación del artículo 20.1.d) y 20.2 del Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003¹⁸⁷, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. La sentencia concluye que el plazo de 6 meses al que se refiere el precepto analizado, para el traslado de los solicitantes de asilo al Estado miembro competente para conocerlo, comienza a computarse desde la resolución judicial que resuelva el fondo del asunto en los casos en los que los solicitantes interpongan un recurso contra la resolución que acuerda su traslado, y no desde la resolución cautelar por la que se suspende la ejecución del procedimiento de traslado. La *STJCE de 17 de febrero de 2009 (Asunto C-465/07)*¹⁸⁸ interpreta el artículo 15.c) de la Directiva 2004/83 del Consejo, de 29 de abril de 2004¹⁸⁹, 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. El precepto analizado hace referencia a la denominada protección subsidiaria y, en especial, a las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil, motivadas por una violencia indiscriminada, en situaciones de conflicto armado internacional o interno, que se considerarán, según el precepto, como daños graves, los cuales son uno de los requisitos exigidos para obtener la correspondiente protección subsidiaria. El TJCE considera que este precepto debe ser interpretado de una forma equilibrada, dado que la individualidad que se exige no puede ser de tal naturaleza que excluya la violencia indiscriminada a la que el artículo analizado se refiere. El Tribunal considera que la existencia de amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física del solicitante de protección subsidiaria no está supeditada al requisito de que éste aporte la prueba de que está específicamente afectado, debido a los elementos propios de su situación personal y a que la existencia de tales amenazas puede considerarse acreditada, excepcionalmente, cuando el grado de violencia indiscriminada que caracteriza el conflicto armado existente llega a tal extremo que existen motivos fundados para creer que un civil expulsado del país del que se trata se enfrentaría, por el mero hecho de su presencia en el territorio de éstos, a un riesgo real de sufrir dichas amenazas. Además de estas sentencias de carácter interpretativo en materia de asilo y protección subsidiaria, encontramos la *STJCE de 9 de julio de 2009 (Asunto C-272/08)*¹⁹⁰, por la que se considera que España ha incumplido con sus obligaciones, por la no adaptación del Derecho interno, dentro del plazo señalado para ello, a la Directiva 2004/83 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. Las alegaciones del Gobierno español referentes a la compatibilidad entre el ordenamiento nacional y la directiva, y a la celebración de elecciones y reestructuración de los Departamentos ministeriales afectados, no son atendidas por el Tribunal. Pero esta sentencia no es la única condena al Estado español por no adaptación del Derecho

(186) *DOUE C-64*, de 8 de marzo de 2008.

(187) *DOUE L-50*, de 25 de febrero de 2003.

(188) *DOUE C-8*, de 12 de enero de 2008.

(189) *DOUE L-304*, de 30 de septiembre de 2004.

(190) *DOUE C-209*, de 15 de agosto de 2008.

interno al Derecho comunitario en el plazo previsto, así, en la *STJCE de 14 de mayo de 2009 (Asunto C-266/08)*¹⁹¹, se falla que España ha incumplido con sus obligaciones por la no transposición de 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.

La igualdad de trato ha dado lugar, en este período analizado, a diferentes sentencias, entre las que puede destacarse la *Sentencia del TJCE de 10 de julio de 2008 (Asunto C-54/07)*, en la que Tribunal concluye sin ninguna duda que el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores extranjeros constituye una discriminación directa en la contratación, produciéndose una política de contratación directamente discriminatoria contraria a la Directiva 2000/43 CE del Consejo, de 29 de junio de 2000,¹⁹² relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. En estos casos la carga de la prueba recae sobre el empleador, que debe probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato reconocido legalmente, demostrando que la práctica real de contratación de la empresa no se corresponde con esas declaraciones públicas. La *STJCE de 16 de diciembre de 2008 (Asunto C-524/06)*¹⁹³ considera que instaurar, con la finalidad de combatir la delincuencia, un sistema de tratamiento de datos personales específico para los ciudadanos de la Unión que no sean nacionales del Estado miembro supone una discriminación y vulneración del principio de igualdad de trato garantizado por el Derecho comunitario. Por el contrario, se considerará legítima la creación de este tipo de registros para los ciudadanos de terceros Estados.

El Acuerdo de asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía ha dado lugar, como suele ser habitual cada año, a múltiples sentencias del Tribunal de Justicia. Así, la *STJCE de 25 de septiembre de 2008 (Asunto C- 453/07)*¹⁹⁴ reconoce el derecho a acceder libremente a cualquier actividad por cuenta ajena de su elección en el Estado miembro a los familiares de trabajadores turcos que se hayan incorporado al mercado de trabajo de dicho Estado miembro, sin que esto pueda suponer una obligación de trabajar en el Estado de acogida para el mantenimiento de su permiso de residencia. El Tribunal nos dice que el nacional turco que ha sido reagrupado en el Estado miembro correspondiente no pierde el derecho de residencia en el Estado miembro aunque nunca haya ejercido actividades por cuenta ajena. La *STJCE de 19 de febrero de 2009 (Asunto C-228/06)*¹⁹⁵ reconoce, de acuerdo con una jurisprudencia ya consolidada sobre el tema, que el Protocolo Adicional, firmado en Bruselas el 23 de noviembre de 1970 y que forma parte del Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, firmado en Ankara el 12 de septiembre de 1963, recoge la denominada cláusula *standstill* en su artículo 41.1. Esta cláusula no supone el reconocimiento de un derecho de establecimiento y/o estancia, ni un derecho a la libre prestación de servicios, pero lo que sí impone, con carácter general, es la prohibición de introducir cualquier tipo de medida nueva

(191) *DOUE C-209*, de 15 de agosto de 2008.

(192) *DOUE L-180*, de 19 de julio de 2000.

(193) *DOUE C-44*, de 21 de febrero de 2009.

(194) *DOUE C-301*, de 22 de noviembre de 2008.

(195) *DOUE C-90*, de 18 de abril de 2009.

que tenga por objeto o por efecto someter el ejercicio por un nacional turco de estas libertades a condiciones más restrictivas que las que eran aplicables en la fecha de entrada en vigor del Protocolo Adicional, por lo que la exigencia de un visado a los nacionales turcos debe considerarse como una condición restrictiva, que será considerada contraria al Protocolo si, en el momento de su entrada en vigor éste no era exigible. El Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y la Confederación Suiza, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999¹⁹⁶, también ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Este acuerdo tiene como finalidad conceder a favor de los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea y de la Confederación Suiza un derecho de establecimiento como trabajador autónomo, así como conceder las mismas condiciones de vida, empleo y trabajo que las concedidas a los nacionales evitando cualquier tipo de discriminación basada en la nacionalidad. En la *STJCE de 22 de diciembre de 2008 (Asunto C-13/08)*¹⁹⁷, el Tribunal, teniendo en cuenta los objetivos del Acuerdo, concluye que debe reconocerse a los trabajadores transfronterizos autónomos¹⁹⁸, respecto al acceso a una actividad por cuenta propia y a su ejercicio en el Estado de acogida, un trato no menos favorable que el concedido por éste a sus propios nacionales. Este Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza no es la única expresión de la estrecha relación existente entre ambas, en virtud de la cual se adoptan una serie de medidas que asimilan a los nacionales suizos con los comunitarios, y viceversa. La Decisión núm. 896/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 junio de 2006¹⁹⁹, por la que se establece un régimen simplificado de control de las personas en las fronteras exteriores basado en el reconocimiento unilateral por los Estados miembros de determinados permisos de residencia expedidos por Suiza y Liechtenstein para fines de tránsito por sus territorios, tiene como consecuencia, de acuerdo con la *STJCE de 2 de abril de 2009 (Asunto C-139/08)*²⁰⁰, que un permiso de residencia expedido por la Confederación Suiza o por el Principado de Liechtenstein a nacionales de terceros países sujetos a la obligación de visado es un documento que debe considerarse equivalente a un visado de tránsito por el territorio de los Estados miembros, por lo que las personas afectadas por esta Decisión no están obligadas a obtener un visado de tránsito cuando crucen las fronteras exteriores para transitar por el territorio de los Estados miembros, a condición de que la duración del tránsito no sea superior a cinco días.

Respecto a la libre circulación de nacionales de terceros Estados familiares de nacionales comunitarios debe destacarse la *STJCE de 25 de julio de 2008 (Asunto C-127/08)*²⁰¹, en la que el Tribunal de Justicia reconsidera su postura en materia de reconocimiento de derechos a familiares extracomunitarios de un nacional comunitario. En casos como la Sentencia Akrich, Sentencia MRAX o la STJCE de 14 de abril de 2005 (Comisión/España), el Tribunal establecía que para po-

(196) BOE núm. 148, 21 de junio de 2002.

(197) DOUE C-44, de 21 de febrero de 2009.

(198) El trabajador transfronterizo autónomo es un nacional de una parte contratante que tiene su residencia en el territorio de una parte contratante y que ejerce una actividad por cuenta propia en el territorio de la otra parte contratante volviendo a su domicilio en principio cada día, o como mínimo una vez por semana (artículo 13.1 del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y la Confederación Suiza).

(199) DOUE L-167, de 20 de junio de 2006.

(200) DOUE C-141, de 20 de junio de 2009.

(201) DOUE C-236, de 13 de septiembre de 2008.

der disfrutar de los derechos reconocidos en el Reglamento núm. 1612/1968⁽²⁰²⁾, el nacional de un tercer Estado, cónyuge de un ciudadano comunitario, debía residir legalmente en un Estado miembro cuando se trasladase a otro Estado miembro al que emigra o ha emigrado su cónyuge. Con la aprobación de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004⁽²⁰³⁾, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, el Tribunal de Justicia se ve obligado a modificar su doctrina sobre el tema y establece que el Estado no puede establecer este tipo de requisitos adicionales que no se encuentran presentes en la Directiva, la cual confiere derechos de entrada y residencia en Estado miembro, sin distinguir si dicho nacional de un tercer estado ha residido o no, legalmente, en otro Estado miembro. Con esta nueva Directiva y la nueva interpretación judicial se pretende garantizar de forma efectiva la libre circulación de todos los ciudadanos comunitarios, que podrán trasladarse con su familia con independencia del lugar o del momento en el que se ha contraído matrimonio, o de las circunstancias en que ese nacional de un tercer país haya entrado en el Estado miembro. La exigencia por parte de un Estado miembro de que el nacional de un tercer país, cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en ese Estado miembro del que no tiene la nacionalidad, haya residido con carácter previo legalmente en otro Estado miembro antes de su entrada en el Estado miembro de acogida, para poder acogerse a las Disposiciones de esa Directiva, es contraria a la normativa comunitaria y a la propia Directiva. Respecto a esta misma Directiva, la *STJCE de 10 de julio de 2008 (Asunto C-33/07)*⁽²⁰⁴⁾ establece que es conforme al Derecho comunitario que un Estado miembro restrinja el derecho de un nacional de un Estado miembro a trasladarse al territorio de otro Estado miembro, en particular por haber sido repatriado anteriormente de éste debido a que se encontraba en él en situación irregular, siempre que la conducta personal de ese nacional constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y que, por otra parte, la medida restrictiva prevista sea apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo.

Como resultado de todo ello, la actividad comunitaria en materia de inmigración y asilo durante el periodo 2008-2009 tiende a culminar algunos trabajos iniciados con anterioridad para poder afrontar una nueva etapa, con un marco normativo (Lisboa) e institucional (Parlamento y Comisión) renovado, cuyos efectos podrán empezarse a valorar a partir de 2010; mientras tanto, el Tribunal de Justicia contribuye a consolidar un conjunto de derechos de los ciudadanos extracomunitarios.

IV. ACTIVIDAD INSTITUCIONAL, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA A NIVEL ESTATAL

Un año más, el fenómeno migratorio se presenta en todas las agendas políticas y da lugar a intensos debates sobre los diferentes aspectos que lo conforman. Durante este periodo 2008-2009, la política exterior española en materia de inmigración tiene como eje nuevamente el desarrollo de actuaciones en el continente africano. En este sentido, a finales del 2008 se da por

(202) *DOUE L-257*, de 19 de octubre de 1968.

(203) *DOUE L-158*, de 30 de abril de 2004, y *DOUE L-229*, de 29 de junio de 2004.

(204) *DOUE C-223*, de 30 de agosto de 2008.

concluido el primer Plan África, con la valoración sobre actuaciones llevadas a cabo²⁰⁵ y la aprobación por el Gobierno del II Plan África 2009-2011²⁰⁶. A nivel de política migratoria interna, cabe destacar cómo los efectos de la crisis económica han dado lugar a una serie de actuaciones dirigidas a mitigar sus efectos, por un lado reduciendo drásticamente la entrada de nuevos trabajadores inmigrantes²⁰⁷ y, por otra, con el desarrollo normativo del Plan de retorno voluntario de inmigrantes. Al mismo tiempo, el Gobierno presentaba ante la Cámara del Congreso de los Diputados el 26 de junio de 2009 un proyecto 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 (PrLODYLE)²⁰⁸. Son noticias destacadas, igualmente, la celebración por tercer año consecutivo del Fondo para la acogida e integración de los inmigrantes y su inclusión en el PrLODYLE, así como la aprobación del *Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual*²⁰⁹.

En el plano normativo, durante 2008 y 2009, las normas internacionales adoptadas han tenido como objeto fundamental el reconocimiento recíproco de permisos de conducir²¹⁰ (Guatemala, Serbia, Filipinas, El Salvador y Brasil) o la firma de convenio en materia de Seguridad Social²¹¹ (Perú). En materia de cooperación en materia migratoria y en el marco del Plan África se celebran convenios con varios países africanos²¹² (Guinea Bissau, Níger, Mali). En materia penal, la

(205) <http://www.maec.es/SiteCollectionDocuments/Home/planafrica.pdf>.

(206) http://www.maec.es/es/Home/Documents/PLAN%20AFRICA%202009-2012_web.pdf.

(207) En este sentido, el Informe 2009 sobre Inmigración y mercado de trabajo recalca la población inmigrante como uno de los colectivos más afectados por la crisis económica. http://extranjeros.mtin.es/es/ObservatorioPermanentelInmigracion/Publicaciones/contenido_0002.html.

(208) <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLIST&BASE=puw9&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20090701003101.CODI.%29##%28P%C3%A1gina1%29>.

(209) <http://www.migualdad.es/ss/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadervalue1=inline&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1244651910209&ssbinary=true>.

(210) Canje de Notas de fechas 7 de septiembre de 2007 y 29 de febrero de 2008 entre el Reino de España y la República de Guatemala sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos y licencias de conducción nacionales (BOE núm. 195, de 13 de octubre de 2008, p. 34310). Aplicación provisional del Canje de Notas de fechas 27 de noviembre de 2008 y 9 de marzo de 2009, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Serbia sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales (BOE núm. 148, de 19 de junio de 2009, p. 51558). Canje de Notas entre el Reino de España y la República de Filipinas sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, hecho en Madrid el 28 de noviembre de 2007 y 23 de abril de 2008 (BOE núm. 196, de 14 de octubre de 2008, p. 34476). Canje de Notas entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre reconocimiento recíproco y el canje de permisos de conducción nacionales, hecho *ad referendum* en Madrid el 19 de agosto y 23 de octubre de 2008 (BOE núm. 166, de 10 de julio de 2009, p. 57639). Canje de Cartas constitutivo de Acuerdo sobre reconocimiento recíproco y canje de los permisos de conducción nacionales entre España y Brasil, hecho *ad referendum* en Madrid el 17 de septiembre de 2007 (BOE de 12 de marzo de 2009, p. 24498).

(211) Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre la República del Perú y el Reino de España, hecho en Madrid el 18 de abril de 2007 (BOE núm. 158, de 1 de julio de 2008, p. 28898).

(212) Aplicación provisional del Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea Bissau, hecho *ad referendum* en Bissau el 27 de enero de 2008, y Canje de Notas de fechas 11 de julio y 29 de septiembre de 2008, efectuando rectificaciones (BOE núm. 134, de 3 de junio de 2009, p. 46508). Aplicación provisional del Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Níger, hecho en Niamey el 10 de mayo de 2008 (BOE núm. 160, de 3 de julio de 2008, p. 29198). Aplicación provisional del Acuerdo Marco

Actividad institucional, bibliografía y documentación (julio 2008 - junio 2009)

cooperación en la lucha contra la delincuencia continúa siendo un objetivo prioritario²¹³ (Albania y Senegal). También se firman acuerdos sobre el traslado de personas condenadas y sobre asistencia jurídica y judicial en materia penal²¹⁴ (Arabia Saudí, Filipinas). En materia de visados, se abre la expedición de visados Schengen admitiendo la representación (Estonia)²¹⁵ y se firma en convenio con la OIM para el establecimiento en España de esta organización²¹⁶.

Entre la legislación estatal ordinaria, al igual que en la crónica anterior, podemos distinguir varios grupos de normas: primero, aquellas que crean, suprimen o reestructuran departamentos ministeriales y órganos administrativos²¹⁷. Segundo, con respecto a las normas de modificación

de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Mali, hecho en Madrid el 23 de enero de 2007 (BOE núm. 135, de 4 de junio de 2008, p. 25633).

(213) Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Albania sobre cooperación en la lucha contra la delincuencia, hecho en Tirana el 20 de mayo de 2009 (BOE núm. 161, de 4 de julio de 2009, p. 55733). Convenio entre los Gobiernos del Reino de España y de la República de Senegal sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho *ad referendum* en Dakar el 5 de diciembre de 2006 (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2009, p. 25246). Acuerdo entre el Reino de España y la República de Lituania sobre cooperación en la detección, investigación y prevención del delito, hecho en Madrid el 3 de diciembre de 2007 (BOE núm. 88, de 10 de abril de 2009, p. 338). Convenio entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho *ad referendum* en Praia el 26 de junio de 2006 (BOE núm. 153, de 25 de junio de 2008, p. 28313).

(214) Convenio de traslado de personas condenadas a penas privativas de libertad entre el Reino de Arabia Saudí y el Reino de España, hecho *ad referendum* en Jeddah el 27 de mayo de 2008 (BOE núm. 170, de 15 de julio de 2009, p. 59098). Tratado sobre asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 2 de marzo de 2004 (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009, p. 29143).

(215) Acuerdo entre el Reino de España y la República de Estonia para la representación en la expedición de visados Schengen, hecho en Madrid el 11 de febrero de 2009 (BOE núm. 123, de 1 de junio de 2009, p. 45760).

(216) Aplicación provisional del Convenio de Sede entre España y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) para el establecimiento de una oficina de representación de la OIM en España, hecho en Madrid el 14 de julio de 2008 (BOE núm. 244, de 9 de octubre de 2008, p. 40506).

(217) Real Decreto 1129/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo e Inmigración y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 165, de 9 de julio de 2008, p. 29969). Real Decreto 1124/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (BOE núm. 165, de 9 de julio de 2008, p. 29931). Real Decreto 1131/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Administraciones Públicas (BOE núm. 165, de 9 de julio de 2008, p. 29931). Real Decreto 1181/2008, de 11 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior (BOE núm. 171, de 16 de julio de 2008, p. 3104). Real Decreto 542/2009, de 7 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (BOE núm. 85, de 7 de abril de 2009, p. 33156). Real Decreto 637/2009, de 17 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 542/2009, de 7 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (BOE núm. 97, de 21 de abril de 2009, p. 35989). Real Decreto 640/2009, de 17 de abril, por el que se desarrolla el Real Decreto 542/2009, de 7 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 97, de 21 de abril de 2009, p. 36000). Real Decreto 1039/2009, de 29 de junio, por el que se desarrolla la estructura básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 157, de 30 de junio de 2009, p. 54629). Real Decreto 1164/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 3/2006, de 16 de enero, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes (BOE núm. 167, de 11 de septiembre de 2009, p. 58000). Resolución de 6 de octubre de 2008, del Servicio Público de Empleo Estatal, sobre delegación de competencias (BOE núm. 247, de 13 de octubre de 2008, p. 41135). Orden TIN/1965/2009, de 17 de julio, por la que se delega y se aprueban las delegaciones del ejercicio de competencias en los órganos administrativos del Ministerio de Trabajo e Inmigración y sus organismos públicos dependientes (BOE núm. 176, de 22 de julio de 2009, p. 62715).

o de desarrollo de la legislación de extranjería o relacionadas directamente con ella, en este período ha tenido especial relevancia la adopción de legislación cuya finalidad es la adaptación a las reformas estatutarias. Así, destaca por una parte la modificación del Reglamento de la Ley de extranjería, con el objetivo de adaptar la regulación de los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo que se establecen en él a los requerimientos derivados del traspaso a las Comunidades Autónomas de la competencia ejecutiva que, en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros, reconocen determinados Estatutos de Autonomía. El desarrollo estatutario también ha dado lugar al traspaso en materia de convalidación de títulos y estudios extranjeros en enseñanzas no universitarias. En materia de responsabilidad, se regula la prestación de caución a favor de personas no residentes en territorio español que cometan infracciones en España en materia de transporte²¹⁸. En desarrollo de la normativa aprobada durante el año anterior, en 2009 el Gobierno concretó los requisitos y condiciones que han de cumplir los beneficiarios de la modalidad de pago de la prestación contributiva por desempleo, y señaló las normas de procedimiento para acumular su pago en el caso de extranjeros no comunitarios que se acojan al Plan de retorno²¹⁹.

En tercer lugar están las disposiciones de actualización de las normas generales de extranjería o de desarrollo de aspectos procedimentales de éstas, como sería la convocatoria del contingente anual de trabajadores²²⁰, la aprobación trimestral del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura²²¹, en lo que, en línea con lo apuntado anteriormente, llama la atención la reducción de empleos disponibles. Se regula la Tarjeta de extranjero, en lo concerniente al número de identidad; se establecen las tasas para la concesión de autorizaciones administrativas²²², el pago por vía telemática de algunas de estas tasas²²³. En materia de protección social se establecen para el

(218) Orden FOM/287/2009, de 9 de febrero, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de prestación de caución a favor de personas no residentes en territorio español que cometan infracciones en España en materia de transporte (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2009, p. 16862).

(219) Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen (BOE núm. 272, de 11 de noviembre de 2008, p. 44727).

(220) Resolución de 26 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 19 de diciembre de 2008, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2009 (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2009, p. 1661).

(221) Resolución de 27 de junio de 2008, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el tercer trimestre de 2008 (BOE núm. 173, de 18 de julio de 2008, p. 31570); Resolución de 1 de octubre de 2008, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el cuarto trimestre de 2008 (BOE núm. 254, de 21 de octubre de 2008, p. 42021); Resolución de 15 de diciembre de 2008, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el primer trimestre de 2009 (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2009, p. 7666); Resolución de 25 de marzo de 2009, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el segundo trimestre de 2009 (BOE núm. 90, de 13 de abril de 2009, p. 34571); Resolución de 30 de junio de 2009, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el tercer trimestre de 2009 (BOE núm. 179, de 25 de julio de 2009, p. 63514).

(222) Orden PRE/3654/2007, de 14 de diciembre, por la que se establece el importe de las tasas por concesión de autorizaciones administrativas, expedición de documentos en materia de inmigración y extranjería, o tramitación de visados en fronteras (BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 2007).

(223) Resolución de 11 de septiembre de 2008, de la Subsecretaría, por la que se establece el procedimiento para la liquidación y el pago por vía telemática de la tasa con código 062 «Tasa por expedición de permisos de trabajo y autorización a ciudadanos extranjeros» (BOE núm. 222, de 13 de julio de 2008).

Actividad institucional, bibliografía y documentación (julio 2008 - junio 2009)

año 2009 las cuantías máximas y mínimas de las ayudas económicas para los residentes de los Centros de Acogida a Refugiados²²⁴. En relación a la atención a menores extranjeros no acompañados, se renuevan los convenios en las zonas de mayor presión migratoria de entrada²²⁵.

En materia de subvenciones, sólo destacaremos la importancia de aquellas cuya finalidad es el fomento de las políticas de integración y apoyo a los entes locales²²⁶ y la selección de trabajadores²²⁷, así como la aprobación, un año más, de convenios entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas, para el fomento de políticas de integración y el refuerzo educativo²²⁸ a cargo del Fondo para la Acogida. No obstante, se observa durante este período una disminución, en relación con los años anteriores, respecto de las subvenciones destinadas a financiar acciones en materia de inmigración, educación o integración²²⁹.

(224) Resolución de 6 de marzo de 2008, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se establecen para el año 2008 las cuantías máximas y mínimas de las ayudas económicas para los residentes de los centros de acogida a refugiados integrados en la Red de Centros de Migraciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE núm. 68, de 19 de marzo de 2008).

(225) Resolución de 16 de diciembre de 2008, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comunidad Autónoma de Canarias, sobre atención a menores extranjeros no acompañados (BOE núm. 8, de 9 de enero de 2009, p. 3360). Resolución de 25 de septiembre de 2008, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración, entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Ciudad de Ceuta sobre atención a menores extranjeros no acompañados (BOE núm. 246, de 11 de octubre de 2008, p. 41076); Resolución de 25 de septiembre de 2008, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración, entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Ciudad de Melilla, sobre atención a menores extranjeros no acompañados (BOE núm. 246, de 11 de octubre de 2008, p. 41077).

(226) Orden TIN/2158/2008, de 18 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones a entidades locales para el desarrollo de programas innovadores a favor de la integración de inmigrantes (BOE núm. 176, de 22 de julio de 2008, p. 32091). Resolución de 11 de agosto de 2008, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convoca la concesión de subvenciones a municipios, mancomunidades de municipios y comarcas para el desarrollo de programas innovadores a favor de la integración de inmigrantes (BOE núm. 211, de 1 de septiembre de 2008, p. 35761). Resolución de 3 de julio de 2008, de la Dirección General de Inmigración, por la que se convocan subvenciones públicas para asesoramiento e información socio-laboral y atención educativa y asistencial para hijos de trabajadores migrantes (BOE de 12 de julio de 2008). Resolución de 6 de julio de 2009, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convoca la concesión de subvenciones a municipios, mancomunidades de municipios y comarcas para el desarrollo de programas innovadores a favor de la integración de inmigrantes, cofinanciada por el Fondo Europeo de Integración (BOE de 10 de julio de 2009).

(227) Resolución de 26 de mayo de 2009, de la Dirección General de Inmigración, por la que se convocan subvenciones públicas para procesos de selección de los trabajadores extranjeros que no se hallen ni residan en España, que tengan por objeto su posterior contratación en sus países de origen para la realización de actividades de temporada o campaña; organización y coordinación de los desplazamientos y contrataciones; desplazamientos colectivos de éstos y actuaciones tendentes a su asesoramiento e información sociolaboral (BOE núm. 135, de 14 de junio de 2009, p. 47429). Resolución de 27 de mayo de 2008, de la Dirección General de Inmigración, por la que se convocan subvenciones públicas para procesos de selección de los trabajadores extranjeros no residentes en España, organización y coordinación de los desplazamientos y contrataciones de los trabajadores y desplazamientos colectivos de los trabajadores (BOE de 5 de junio de 2008).

(228) Resolución de 24 de junio de 2009, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se formaliza, para el ejercicio 2009, la distribución de 59.949.120 euros, del Fondo de apoyo a la acogida e integración de inmigrantes, así como a su refuerzo educativo (BOE núm. 157, de 30 de junio de 2009, p. 54899).

(229) Resolución de 3 de julio de 2008, de la Dirección General de Inmigración, por la que se convocan subvenciones públicas para asesoramiento e información sociolaboral y atención educativa y asistencial para hijos de trabajadores migrantes. (BOE de 12 de julio de 2008). Orden ESD/3185/2008, de 20 de octubre, por la que se resuelve la convocatoria de subvenciones a entidades privadas sin fines de lucro para la realización de actuaciones de compensación de desigualdades en educación durante el curso escolar 2008-2009 (BOE de 7 de noviembre de 2008). Resolución de 4 de junio de 2008, de la

Al margen de las reformas del reglamento dirigidas a adecuarlo a las nuevas competencias estatutarias en materia de inmigración y los correspondientes acuerdos y decretos de trasposos, las novedades en el ámbito autonómico giran en torno a los procesos de integración social. En este sentido destaca la Ley 15/2008, de la Comunidad Valenciana, sobre la integración de las personas inmigrantes. La norma parte de un concepto de integración que comprende tanto el reconocimiento de derechos como el cumplimiento de deberes; en este sentido se configura el «compromiso de integración», programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana, que garantiza a la persona inmigrante el conocimiento de los valores y reglas de convivencia democrática, de sus derechos y deberes, de la estructura política, la cultura y los idiomas oficiales de la Comunitat Valenciana y de las implicaciones de la diversidad cultural. Respecto a los instrumentos administrativos se regula los planes de integración de la Generalitat, la colaboración con las entidades locales, el Foro Valenciano de la Inmigración, la mediación intercultural, la Red de Agencias de Mediación para la Integración y la Convivencia Social y los espacios interculturales. Así mismo, la norma incorpora la acogida y se hace una especial referencia al acceso a la sanidad, educación, vivienda y formación y empleo. Los menores, jóvenes y las mujeres se perfilan como colectivos desfavorecidos y, por lo tanto, receptores de políticas especiales. En el campo de la integración también destaca, en Cataluña, la aprobación del Pacto Nacional para la Inmigración, en éste se proyectan las principales líneas estratégicas en materia de inmigración y se fomenta la cooperación estratégica entre la administración, los grupos parlamentarios, los agentes económicos y sociales y la sociedad civil. El Plan consta de tres ejes de actuación: la gestión de los flujos migratorios y acceso al mercado de trabajo; la adaptación de los servicios públicos a una sociedad diversa y la integración en una cultura pública común. Por otra parte, se dicta la Ley catalana 16/2009, de centros de culto, norma que busca desarrollar el derecho fundamental a la libertad de culto y dar respuesta a una realidad religiosa que cada día es más plural. El primer objetivo de la norma es garantizar la aplicación real y efectiva del derecho de las iglesias, las confesiones y las comunidades religiosas a establecer centros de culto. El segundo es prever suelo donde se admita o se asigne el uso religioso, de acuerdo con las necesidades y la disponibilidad de los municipios. Y, finalmente, se regula las condiciones técnicas y materiales mínimas que deben garantizar la seguridad de las personas y las condiciones adecuadas de salubridad de dichos centros²³⁰. Sobre la implicación de la participación de los diferentes actores sociales que intervienen en el proceso de integración social, la Comunidad de Castilla-La Mancha, por Decreto 338/2008, crea y regula el Foro Regional para la integración de la población inmigrante, y por Decreto 1/2009 de las Islas Baleares se instituye el Fórum de la Inmigración. Sobre aspectos más administrativos, la Comunidad de Madrid, por Orden 107/2008, crea

Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se amplía el plazo de resolución de la convocatoria de subvenciones en el área de integración de los inmigrantes, solicitantes de asilo y otras personas con protección internacional, efectuada por Resolución de 14 de febrero de 2008 (BOE de 18 de junio de 2008). Orden TIN/1413/2009, de 29 de mayo, por la que se modifica la Orden TAS/1043/2007, de 18 de abril, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones del área de integración de los inmigrantes, solicitantes de asilo y otras personas con protección internacional del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE de 1 de junio de 2009). Resolución de 3 de junio de 2009, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convoca la concesión de subvenciones en el área de integración de los inmigrantes, solicitantes de asilo y otras personas con protección internacional (BOE de 5 de junio de 2009).

(230) Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de Integración de las Personas Inmigrantes en la Comunitat Valenciana (DOCV de 11 de diciembre de 2008, núm. 5911, p. 90324); Acuerdo GOV/231/2008, de 16 de diciembre por el que se aprueba el Pacto Nacional para la Inmigración (DOGC de 26 enero de 2009, núm. 5304, p. 5309); Ley 16/2009, de 22 de julio, de los centros de culto (DOGC núm. 5432, de 30 de julio de 2009, p. 60449).

Actividad institucional, bibliografía y documentación (julio 2008 - junio 2009)

la Comisión de Evaluación, Supervisión y Control de la Escuela de Profesionales de Inmigración y Cooperación de la Comunidad de Madrid²³¹.

La cooperación al desarrollo, una no más, ha sido otro de los ejes que han centrado el desarrollo autonómico. Así, la Comunidad Canaria aprueba la Ley 4/2009 de cooperación al desarrollo y se crea, por Decreto 80/2008, la Agencia de cooperación al Desarrollo. En la Comunidad Valenciana se regula el Registro de Agentes de la Cooperación Internacional al Desarrollo; la Comisión Interterritorial de Cooperación al Desarrollo, y se aprueba el Plan anual de cooperación al Desarrollo²³².

Por lo que se refiere a las novedades jurisprudenciales a nivel nacional, se apuntan únicamente los elementos más novedosos en materia de extranjería.

La jurisprudencia emanada del *Tribunal Constitucional* entre 2008 y 2009 surge principalmente de recursos de amparo, si bien varias sentencias contienen doctrina tan general que han pasado directamente al proyecto de ley orgánica de reforma, por cierto no siempre de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y, en un caso muy destacado –la legitimación del abogado de justicia gratuita–, mucho más cerca de los votos particulares que de la mayoría. Muchas de estas sentencias contienen argumentos sobre elementos generales de derechos de los extranjeros, principalmente de la tutela judicial, si bien la materia de extranjería matiza en ocasiones su interpretación. Destacaremos aquí las relativas a dilaciones indebidas, la defensa de los menores desamparados así como la legitimación de asociaciones para interponer el recurso de amparo en defensa de éstos.

Sobre *dilaciones indebidas*, la STC 93/2008 reconoce una tramitación excesivamente prolongada en el tiempo y lesiva de este derecho en un recurso contra la negativa de permiso de residencia y trabajo solicitados en proceso de regularización. También la STC 94/2008 versa sobre dilaciones indebidas, pero, en este caso, a diferencia del anterior, el Tribunal deniega el amparo porque, al tratarse de una entrada en España por razones turísticas, no existía un interés trascendental en juego, lo que parece que teñiría –en una doctrina discutible– las dilaciones indebidas de mayor protección cuando están en juego la residencia y el trabajo que cuando lo están otros intereses legítimos pero no tan importantes para el recurrente.

La STC 183/2008 puede servir para todos los *menores*, aunque tiene especial incidencia en los menores inmigrantes no acompañados (MEINA), en particular cuando reciben la orden de ser expatriados a su país. En general, contiene una importante doctrina sobre el derecho del menor, con suficiente madurez, a ser oído por el Juez en defensa de sus intereses, incluso en contra

(231) Decreto 338/2008, de 4 de noviembre, por el que se crea y regula el Foro Regional para la integración de la población inmigrante en Castilla-La Mancha (DO de Castilla-La Mancha, de 7 de noviembre de 2008, núm. 230, p. 36060). Decreto 1/2009, de 16 de enero, por el que se regula el Fórum de la Inmigración de las Illes Balears (BOIB de 27 de enero de 2009, núm. 13, p. 43). Orden 107/2008, de 1 de septiembre, por la que se crea la Comisión de Evaluación, Supervisión y Control de la Escuela de Profesionales de Inmigración y Cooperación de la Comunidad de Madrid (BOCM de 5 de septiembre de 2008, núm. 212, p. 7).

(232) Decreto 39/2009, de 6 de marzo, por el que se regula el Registro de Agentes de la Cooperación Internacional al Desarrollo de la Comunitat Valenciana (DOCV de 10 de marzo de 2009, núm. 5971, p. 9968). Decreto 18/2009, de 23 de enero, por el que se regula la Comisión Interterritorial de Cooperación al desarrollo (DOCV de 27 de enero de 2009, núm. 5941, p. 2713). Acuerdo de 3 de abril de 2009, por el que se aprueba el Plan Anual de Cooperación al Desarrollo 2009 (DOCV de 8 de abril de 2009, núm. 5991, p. 13568). Ley 4/2009, de 24 de abril, de Cooperación Internacional para el Desarrollo (BO Canarias de 5 de mayo de 2009, núm. 84, p. 9376). Decreto 80/2008, de 25 de julio, por el que se crea la Agencia de Cooperación Internacional de las Illes Balears (BO de Illes Balears, de 2 de agosto de 2008, núm. 108, p. 16).

de la administración que lo tutela. En el desarrollo del proceso destaca la función del principio *pro actione* que, según el Tribunal, domina el ámbito del acceso y obliga al control especialmente intenso de la inadmisión (STC 135/1998). Se entiende, pues, que vulnera la tutela judicial no escuchar a los menores, que están en condiciones de formarse un juicio, en el procedimiento administrativo o judicial que los afecta.

La STC 184/2008, muy conectada a la anterior, resuelve positivamente la *legitimación activa* de la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Jóvenes, que desea actuar en defensa de un joven que se pretende repatriar a Marruecos, frente a la negativa que había formulado el Juzgado, porque existe una relación directa entre los fines de la Asociación y el interés concreto que defiende, de forma que la inadmisión vulnera el derecho a la tutela judicial. Afirma el TC que el principio *pro actione* conduce a examinar severamente la inadmisión, en concreto, respecto a la legitimación activa de las asociaciones que actúan en defensa de intereses que constituyen sus fines estatutarios.

La STC 169/2008 otorga el amparo porque la *decisión judicial de internamiento* carece de motivación, y el recurso contencioso no lo remedió, argumentando que el extranjero ya había sido devuelto y, por tanto, el recurso carecía de objeto. La doctrina del caso consiste en la necesidad de que el Auto judicial de internamiento contenga una motivación suficiente, con mención de las circunstancias que rodean cada supuesto, sin que sea suficiente que éstas figuren en el expediente.

También el ATC 271/2008 trata una *denegación de entrada* como turista (¡los hechos son de 2001!), pero el argumento del recurrente lo sitúa de lleno en el régimen de extranjería, porque solicita la suspensión de la ejecución de la orden de retorno. Entre otras cuestiones referentes al artículo 24 de la CE, plantea que, al exigirse el agotamiento de la vía administrativa para recurrir judicialmente, se impide un pronunciamiento judicial sobre la suspensión de la ejecución del retorno. El TC contesta que el extranjero puede pedir la suspensión del retorno pero que el Código de Fronteras no impide la ejecución administrativa a realizar en el máximo de 72 horas (diferente es el asilo). Del artículo 24 de la CE no nace un derecho a una entrada provisional en el país y tampoco un derecho a la permanencia en la «zona de rechazados».

La STC 110/2009 responde al recurso de amparo en un caso de *sustitución de condena* de 2 años de prisión, *por expulsión*, porque la decisión no se adoptó en la sentencia condenatoria (como exige el artículo 89.1 del CP) sino por auto y una vez iniciado el cumplimiento de la pena. El TC califica a la figura sustitutoria de «controvertida» y puntualiza que por auto sólo cabe si la pena es superior a 6 años.

La STC 140/2009 resuelve el amparo fundándose en el principio de proporcionalidad, que debe tomar en cuenta la situación familiar del extranjero, para optar por la multa frente a la expulsión no motivada. En extranjería la opción del artículo 57 entre multa y expulsión no es discrecional, sino que debe adoptarse según los criterios de los artículos 50 y 55.3 de la LODE, así como del principio de proporcionalidad de la Ley 30/1992. Tener pareja de hecho con residencia renovada y 4 hijos escolarizados es relevante y no puede ignorarse, debiéndose aplicar la doctrina del TEDH sobre el arraigo como límite a la expulsión.

No obstante, las sentencias con mayor trascendencia se han producido en relación con dos asuntos que han afectado a centenares de recursos de amparo, en relación a la *inadmisión de habeas corpus* solicitada por personas que han llegado en patera y han sido internadas, y en relación a

la *legitimación del abogado* que a continuación plantea el amparo, a pesar de que el extranjero está ausente y ni siquiera el abogado sabe dónde se encuentra. La STC 172/2008, con un voto particular de dos magistrados, es acordada por el Pleno con intención de sentar doctrina, y establece lo que ella misma denomina «teoría flexible de legitimación del abogado de personas ya expulsadas», en cuanto le permite plantear el recurso de amparo contra el auto judicial de inadmisión de *habeas corpus* en el internamiento, después de que el extranjero está ilocalizable, y por tanto la decisión ha sido del abogado. En realidad la polémica se formuló ya en la STC 303/2005, que con esta doctrina permitió la legitimación «presunta» del abogado para recurrir en amparo.

A su vez, la STC 173/2008, por ejemplo, resuelve 19 recursos de amparo acumulados cuyos hechos arrancaban de la llegada de estas personas en cayuco en el 2003, que solicitaron *habeas corpus* al ser internadas, y cuyo abogado presentó recurso de amparo contra su denegación judicial. En ambas sentencias, y en otras muchas parecidas, se plantea la segunda cuestión expuesta, la posible vulneración de la tutela judicial por la inadmisión del *habeas corpus*, también presente en la doctrina de la STC 303/2005, pero que se fijó anteriormente, en la STC 94/2003, que resolvía un amparo por el pleno, ya con un voto particular de García Calvo sobre legitimación de abogado.

Igualmente destacable es la suavización de una primera doctrina asentada por el TC sobre la necesidad de que el Juez examinara el fondo en los casos de *habeas corpus*, que casi impedía inadmisión. La nueva doctrina se modula de forma que si el Juez ha intervenido en autorización de internamiento no hay vulneración al inadmitir el *habeas corpus* posterior, porque la primera intervención judicial –con audiencia– equivale al *habeas corpus*, y, en cambio, si no hay intervención del Juez, la inadmisión del *habeas* es vulneradora de la tutela judicial.

De la amplísima jurisprudencia del *Tribunal Supremo*, merece aquí hacerse referencia a la consolidación de ciertas líneas jurisprudenciales sobre diversos aspectos del régimen de extranjería. Respecto a la concesión de asilo la jurisprudencia sigue mostrándose muy cuidadosa en lo referente a la exigencia de la verosimilitud del relato del solicitante de asilo²³³. Tiene su importancia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 11 de mayo del 2009, ya que concedió asilo a una mujer nigeriana que en su país de origen sufrió la mutilación genital y fue víctima de un matrimonio forzado²³⁴.

Respecto al derecho a la educación, el Tribunal Supremo (en su Sentencia de 10 de marzo de 2009) resuelve que «el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el artículo 10.1 de la CE del derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 de la CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir».

(233) Así entre otras muchas, Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) de 15 de octubre del 2008, Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2009, Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de marzo de 2009, Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de abril de 2009, Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de abril de 2009.

(234) En palabras del Tribunal, la ciudadana nigeriana «sufre una persecución por su pertenencia al género femenino que le impone un matrimonio no deseado y le ha mutilado un órgano genital». Aunque debe señalarse también que en un caso parecido la Audiencia Nacional rechazó la solicitud de asilo basándose en que no existía elemento alguno indiciario que permitiera proyectar los elementos externos y objetivos a la situación subjetiva, concreta y real de la solicitante (Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo del 2009).

El Tribunal Supremo (Sentencias de 18 de mayo de 2008 y de 12 de noviembre de 2008) determinó que la prestación por desempleo únicamente la puede obtener el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para trabajar, pero no el que se encontraba en España en situación irregular²³⁵. En igual sentido se pronuncian el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1.ª) en la Sentencia núm. 3376/2008 y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencia de 6 de febrero de 2009). Desde el pronunciamiento unificado del Tribunal Supremo se han sucedido diversas Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que deniegan la prestación por desempleo del trabajador extranjero no residente. Debe señalarse que el alcance del derecho a la Seguridad Social de los extranjeros en situación irregular sigue planteando muchos interrogantes que deberían ser solucionados por el legislador de forma inequívoca, evitando construcciones jurisprudenciales controvertidas que, pese a sus intentos clarificadores, siguen planteando muchos interrogantes. El Anteproyecto de Ley de Reforma de la LO 4/2000 parece que asume la doctrina unificada reconociendo a los trabajadores en situación irregular las prestaciones derivadas de los convenios internacionales y que fueran compatibles con su situación administrativa (las derivadas por contingencias profesionales) y negando expresamente la prestación por desempleo a quienes carecen de autorización de residencia y trabajo.

En materia de Derecho penal (más concretamente en el ámbito del delito de trata de personas: artículo 318 bis del CP) resulta importante el Acuerdo núm. 2/2008, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo; en él se dice que «la relación entre los artículos 188.1 y 318 bis del Código Penal, en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia del concurso real de delitos. Tales conductas serán calificadas con arreglo a los artículos 188.1 y 318 bis 1.º, descartando la aplicación del artículo 318 bis 2.º, al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo»²³⁶. Por otra parte, sigue manteniéndose por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el bien jurídico protegido está constituido por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios y el interés mediato de proteger la libertad, seguridad, dignidad y derechos de los emigrantes [por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.ª) núm. 107/2009, de 6 de febrero].

También se mantiene la idea de que «por tráfico ilegal debe entenderse cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración; por ello el tráfico ilegal no es sólo el clandestino sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada como turista pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación» [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 152/2008, de 8 de abril].

Deben destacarse también otros puntos: por ejemplo, respecto al inciso 3.º del artículo 318 bis en su modalidad de «siendo la víctima menor de edad» parece ser que se exige el conocimiento

(235) «El hecho de que el trabajador extranjero “sin papeles” no tenga derecho a la protección de desempleo, según la interpretación antes realizada, no excluye una hipotética responsabilidad del empleador, que pudiera extenderse a las prestaciones de seguridad social, no a título de prestaciones públicas, sino con alcance indemnizatorio a título de responsabilidad empresarial y sin garantía, por lo tanto, a cargo de la Seguridad Social».

(236) Probablemente esta decisión tiene su precedente o está basada en la solución a la que llegó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 5.ª) núm. 261/2005, de 7 de junio de 2005.

por parte de los acusados de que éstos conozcan que la víctima efectivamente es menor de edad [Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.ª) núm. 484/2008, de 19 de junio de 2008].

Respecto de la expulsión de extranjeros pueden mencionarse diferentes aspectos. Así, respecto de la sustitución de la pena privativa de libertad de un extranjero no residente legal por expulsión, para acordar dicha sustitución debe atenderse a la naturaleza del delito cometido y no a otras circunstancias como, por ejemplo, el arraigo familiar [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 871/2008, de 17 de diciembre de 2008]. Siguiendo con la sustitución de pena privativa de libertad de un extranjero por expulsión ha de señalarse que, tratándose de ciudadanos rumanos, desde el 1 de enero del 2007, fecha del ingreso de su país a la Unión Europea, tienen la condición de ciudadanos comunitarios, por lo que, aún con las salvedades vigentes durante los dos primeros años de adhesión, no puede considerarse que residan ilegalmente en España, por lo que es improcedente su expulsión por esta vía [Sentencia núm. 454/2008 de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 2.ª), de 25 de julio de 2008]. La sanción principal a imponer sigue siendo, evidentemente, la multa, pero cuando concurren una serie de circunstancias debe imponerse la expulsión. Ello puede ocurrir cuando a la permanencia ilegal en España del extranjero se une la circunstancia de que no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que estaba indocumentado y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, y, además, se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León)²³⁷.

Otro aspecto a destacar es la sustitución de la expulsión por multa. La cuantía de la multa debe imponerse siempre con arreglo a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia, además de la capacidad económica del infractor: el texto legal alude a la capacidad económica del infractor, que es a quien se impone la sanción, y no a la capacidad económica de su pareja, por mucho que se presuma aquella liberalidad [Sentencia núm. 557/2008 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 23 de julio].

Respecto del arraigo cabe destacar que éste exige cumplir respecto de los hijos los deberes legales y morales que como padre/madre le corresponden, y mantener una relación estable y permanente de convivencia con ellos, alimentarlos y educarlos (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 27 de marzo de 2009). Además, a tenor de alguna decisión puede decirse que ni el hecho de estar empadronado en municipio español, ni el disponer de vivienda en arrendamiento, ni tener un hijo escolarizado, son circunstancias que puedan acreditar una vinculación familiar de especial intensidad que se impone para reputar probado el arraigo en España (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 de abril de 2009).

Puede denegarse el internamiento de un extranjero irregular en un centro de internamiento de extranjeros debido a una tramitación irregular del expediente de expulsión administrativo

(237) Sin embargo, a pesar de ser ésta la regla general, no siempre se sigue estrictamente. Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 35/2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 11 de febrero del 2008: «en los casos de permanencia ilegal sin que concurren otras circunstancias como en el presente caso, no bastan las deducciones negativas respecto a la entrada, falta de identificación de la ciudadana extranjera y continuidad de esta situación irregular sin intentar la regularización vulnerando las prescripciones legales sobre la permanencia de los extranjeros en España que figuran en la resolución sancionadora, para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa que es la que corresponde a la permanencia ilegal, que como ponen de manifiesto los antecedentes reseñados no es una situación voluntaria para equipararla a un hecho negativo».

de expulsión. En el caso en cuestión se produjo una no asistencia en Comisaría de letrado del turno de oficio, a pesar de haber sido ejercido este derecho por la detenida, y tampoco estuvo presente al momento de notificársele la resolución de expulsión; además, permaneció durante todo el día en Comisaría sin aparente justificación, ya que no constaba que se practicaran otras diligencias que la mera notificación de la resolución administrativa que acordó la devolución; también la detenida tenía domicilio conocido, así como un hijo de corta edad (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 9, de Bilbao, de 28 de agosto de 2009).

JOSÉ ZARAUZ

Bilbao h4b Consultores
(jose.zarauz@h4b.es)

II

El padrón municipal en la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (*)

RESUMEN

EL PADRÓN MUNICIPAL EN LA LEY ORGÁNICA DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

El padrón municipal es un instrumento que el legislador ha tenido presente durante la última década en la regulación de la situación de las personas inmigrantes no comunitarias que residen en España, combinando alternativamente criterios de integración y de control. En este marco el presente artículo analiza las últimas modificaciones producidas en la nueva Ley Orgánica de Reforma de la LODLEE, a través de un estudio individualizado de cada uno de los artículos que afectan al Padrón municipal, tratando de ofrecer una visión global de la reforma y del carácter que se le pretende otorgar a esta institución en relación con los nuevos vecinos.

ABSTRACT

THE LOCAL POPULATION CENSUS IN THE ORGANIC LAW OF REFORM OF THE ORGANIC LAW ON RIGHTS AND FREEDOMS OF THE FOREIGNERS IN SPAIN

The municipal register is an instrument that the legislator has born in mind during the last decade in the regulation of the situation of the immigrant not community persons who reside in Spain, combining alternately criteria of integration and control. In this context this article analyzes the recent amendments made in the new Organic Law Reform LODLEE through an individual study of each of the articles that affect the municipal register, trying to give an overview of the reform and the character is intended to grant to this institution in connection with the new neighbors.

(*) Téngase en cuenta que todas las referencias contenidas al proyecto de reforma deben entenderse hechas a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE del 12) cuyo estudio y análisis puede consultarse en el Dossier de esta Revista.

SUMARIO

I. Introducción.

II. El padrón municipal. A) Definición. B) La inscripción padronal como obligación ciudadana y de los ayuntamientos. El derecho de los ciudadanos a figurar inscritos en el padrón. C) Las personas no inscritas en el padrón. D) La carencia de inscripción padronal. La situación de residencia absolutamente irregular.

III. La reforma de la institución del padrón municipal para ciudadanos extranjeros en la nueva LODLEE. A) Antecedentes. B) La incidencia en el padrón de la reforma actual de la LODLEE. a) La reforma del artículo 6.3. Los derechos de participación pública y la formación del padrón. a') El proceso de reforma. b') Incidencia sobre el derecho de acceso al padrón de personas extranjeras en situación irregular. b) La reforma del artículo 53.1.c). La introducción de la infracción de falsedad en los datos del padrón. c) El nuevo artículo 53.2.c). La infracción de consentimiento en los empadronamientos indebidos. d) El nuevo artículo 54.1.e). La infracción de consentimiento con ánimo de lucro en los empadronamientos indebidos.

IV. Repercusiones de la reforma sobre el empadronamiento ficticio.

V. Finalidad de la reforma.

I. INTRODUCCIÓN

La institución del padrón municipal está siendo objeto de las últimas reformas de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en adelante LODLEE. Así sucedió en la anterior reforma, producida a través de la LO 14/2003, en la que más adelante nos detendremos, y así sucede también en el nuevo Proyecto de Reforma, que previsiblemente se aprobará el próximo 26 de noviembre.

Para comprender mejor el alcance de la reforma, nos detendremos en primer lugar en un análisis de la institución del padrón. En segundo lugar nos centraremos propiamente en los artículos modificados que afectan al padrón y, por último, trataremos de analizar cuál es su finalidad.

II. EL PADRÓN MUNICIPAL

A) Definición

Podemos definir el padrón municipal como el registro administrativo en el que constan inscritas todas las personas que viven en un determinado municipio.

El padrón municipal en la Ley Orgánica de reforma de la LODLEE

II

Desde un punto de vista histórico, todas las sociedades avanzadas han tenido algún tipo de instrumento para conocer cuál es su población. Ejemplos de este tipo de registros se encuentran en numerosos textos históricos. Quizá el más conocido sea la Biblia, que, en los primeros versículos del evangelio de San Lucas, habla de cómo en tiempos del Imperio romano el padrón era ya un instrumento conocido y utilizado por los gobernantes de la época.

Sin embargo, la finalidad de estos registros ha variado en función del tipo de Estado y sociedad de que se tratara. Así, era habitual que al padrón se le atribuyeran finalidades recaudatorias o militares, mucho más cercanas a las de un instrumento al servicio del Estado que de sus habitantes.

En la actualidad, la **normativa de régimen local** –Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, en adelante LBRL, y Decreto 169/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación de Entidades Territoriales, en adelante RPDT– define el padrón municipal como un registro administrativo informatizado y permanente¹, gestionado por los ayuntamientos en colaboración con el Instituto Nacional de Estadística y el Consejo de Empadronamiento², donde constan inscritas todas las personas que residen en un determinado municipio³, junto con sus datos identificativos –nombre, apellidos, número de identificación personal, fecha de nacimiento–, de localización –domicilio de residencia en el municipio–, junto con algunas de sus cualidades –sexo, nivel de estudios– que esta normativa considera pertinentes⁴ para las finalidades del padrón.

El padrón municipal se presenta así como una institución compleja con una importantísima repercusión en múltiples facetas de nuestra sociedad. Desde la perspectiva de la Administración el padrón se configura como pieza clave para elaborar las estadísticas oficiales, la determinación de las cifras anuales de población de los municipios, la elaboración del censo de población y el censo electoral, amén de que, cuando la ley lo permite, posibilita que la Administración pueda conocer el domicilio de cada una de las personas que viven en España⁵.

Desde la perspectiva del ciudadano, por un lado, el padrón municipal es el instrumento que sirve para adquirir la vecindad administrativa⁶ de un determinado municipio, y por ende de la provincia y la Comunidad Autónoma en que se integra.

Por otro lado, la certificación de los datos padronales emitida por el ayuntamiento constituye un medio privilegiado de prueba para el ciudadano de su residencia en el municipio y de su domicilio en él⁷.

(1) Artículos 16.1 y 17.1 de la LBRL y 53.1 y 60.2 del RPDT.

(2) Artículos 17 de la LBRL y 60 a 92 del RPDT.

(3) Artículos 16.1. de la LBRL y 53.1 del RPDT.

(4) Artículos 16.2. de la LBRL y 57 del RPDT.

(5) Artículos 16.3 y 17.2 de la LBRL.

(6) Artículo 15 de la LBRL.

(7) Artículo 16.1 de la LBRL.

B) La inscripción padronal como obligación ciudadana y de los ayuntamientos. El derecho de los ciudadanos a figurar inscritos en el padrón

La inscripción en el padrón municipal aparece configurada en la normativa de bases de régimen local –LBRL y RPDT– como una obligación, tanto para los ciudadanos como para los ayuntamientos. Para los ciudadanos, esta obligación se señala de manera específica en el artículo 15.1 de la LBRL «Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el padrón del municipio en el que resida habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año». Tanto es así, que el RPDT llega a establecer incluso un régimen sancionador aplicable a las personas que no se inscriban en el padrón del municipio en el que residen⁸.

Para los ayuntamientos esta obligación no se establece de un modo específico, sino que se infiere de determinados preceptos de la LBRL y del RPDT. En este sentido, entre otros, se puede citar el artículo 17.1 de la LBRL: «La formación, mantenimiento, revisión y custodia del Padrón municipal corresponde al Ayuntamiento» o el artículo 62 del RPDT: «los ayuntamientos realizarán las actuaciones necesarias para mantener actualizados los padrones de modo que los datos contenidos concuerden con la realidad».

Quizá, el precepto que pone de manifiesto de forma más contundente la obligación del ayuntamiento de inscribir a los vecinos y vecinas en el padrón sea el artículo 73 del RPDT, que manda a los ayuntamientos declarar, incluso de oficio y contra la voluntad del ciudadano, el alta en el padrón de las personas que vivan habitualmente en su municipio y no figuren inscritas en él.

Queda claro, pues, que el acceso al padrón municipal está configurado actualmente como obligación legal. No obstante, no puede desconocerse que detrás de toda obligación existe un derecho en que ésta se fundamenta, sin embargo, ningún texto legal hace una referencia expresa al derecho a figurar inscrito en el padrón del municipio en el que la persona reside⁹.

La jurisprudencia tampoco ha señalado de manera indubitada un derecho autónomo de las personas a figurar inscritas en el padrón municipal, sino que lo ha vinculado al ejercicio de otros derechos fundamentales. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que «la inclusión en el mismo de una persona no es más que el ejercicio de la libertad de residencia que concede el artículo 19 de la CE»¹⁰. Asimismo, otras sentencias del TS vienen subrayando la fundamentación del derecho de acceso al padrón también en otro derecho constitucional, el de participación electoral¹¹.

Esta especial configuración del acceso al padrón puede deberse a que el legislador no cuenta con que existan personas que no pueden empadronarse. En su punto de mira se encuentra la preocupación de que toda persona que habita en España acuda a inscribirse en el padrón y, cuando no es así, en que el ayuntamiento correspondiente pueda proceder a empadronarlo de

(8) Artículo 107 del RPDT.

(9) La única excepción figura en el artículo 8 del Anteproyecto de la Ley Básica del Gobierno y la Administración Local del año 2006, en el que se recogía expresamente el derecho de toda persona que viva en España a ser inscrita y la obligación de solicitar su inscripción. No obstante, dicho anteproyecto actualmente se encuentra en vía muerta.

(10) STS de 2 de enero de 1996.

(11) STS de 21 de marzo de 2001.

El padrón municipal en la Ley Orgánica de reforma de la LODLEE

II

oficio, y viceversa, darlo de baja cuando no resida en el municipio, estableciendo como garantía adicional la intervención del Consejo de empadronamiento cuando el vecino o vecina no se halle conforme con dicha actuación.

C) Las personas no inscritas en el padrón

La realidad, no obstante, nos demuestra que, en ocasiones, esta premisa no siempre se cumple y, en la práctica, es habitual encontrarse con personas que residen de hecho en territorio nacional y no figuran inscritas en el padrón. Además, esta situación no está siempre motivada en que los y las ciudadanas no quieran inscribirse, sino que habitualmente son factores externos a su voluntad los que impiden su inscripción.

Básicamente las situaciones que dificultan el acceso al padrón pueden dividirse en dos grupos, de un lado, la carencia de una vivienda en la que empadronarse, y, de otro, la falta de documentación.

Respecto a la primera de ellas, la carencia de una vivienda en la que empadronarse, se encuentra íntimamente relacionada con problemas de precariedad en el alojamiento. Así, situaciones de carencia de contrato de arrendamiento escrito, subarrendamiento, alojamiento en lugares que no cumplen las condiciones mínimas de habitabilidad o la carencia total de techo suponen serias dificultades para que la persona pueda inscribirse en el padrón.

Para estos supuestos la Resolución de 4 de julio de 1997, conjunta de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Territorial, por la que se dictan instrucciones técnicas a los ayuntamientos sobre la actualización del padrón, establece unos criterios y procedimientos, como por ejemplo el empadronamiento ficticio o social para personas que, aunque carecen de domicilio, son atendidas por organizaciones sociales y se empadronan en sus sedes, para que toda persona que resida en su municipio pueda ser inscrita en el padrón, al margen de las condiciones del lugar en el que habite. Sin embargo, estas previsiones no siempre se cumplen.

La segunda de ellas, la falta de documentación, es una cuestión que afecta de manera muy particular a las personas extranjeras en situación irregular, ya que la carencia de mecanismos de las Administraciones públicas españolas para documentar a las personas sin nacionalidad española ni autorización de residencia provoca que la expedición de documentos que los identifique recaiga prácticamente de manera exclusiva en los consulados de su país de origen.

Esta situación da lugar a la existencia de diferentes procedimientos para documentar a las personas extranjeras en situación irregular dependiendo de su origen nacional, con sus requisitos específicos, que pueden provocar que la obtención de la nueva documentación se demore en el tiempo e incluso que sea imposible de conseguir.

Para estos casos, además, no contamos con ninguna instrucción del INE que señale si existe algún modo para que estas personas puedan acceder al padrón.

En conclusión, podemos señalar que, a pesar de que existe una obligación, tanto de los ciudadanos y ciudadanas como de la Administración, de que todas las personas figuren inscritas en el padrón del municipio en el que residen, existen vecinos que no consiguen acceder al padrón por circunstancias ajenas a su voluntad.

Esta situación se deriva, sobre todo, de la falta de concreción a nivel legislativo del derecho de toda persona a figurar inscrita en el padrón y de la inexistencia de procedimientos que aborden con suficiente profundidad y fuerza imperativa el acceso al padrón por parte de cualquier persona.

D) La carencia de inscripción padronal. La situación de residencia absolutamente irregular

Como se señaló en el apartado anterior, la carencia de una vivienda en la que empadronarse, así como la falta de un pasaporte en vigor, constituyen los principales obstáculos para que una persona pueda inscribirse en el padrón del municipio en el que reside. Estos dos elementos, la carencia de vivienda y documentación, son, además, dos claros indicadores de posibles causas de riesgo de exclusión social. Pues bien, esta falta de inscripción de este colectivo de personas no inscritas va a provocar enormes limitaciones prácticas en el ejercicio de determinados derechos de contenido social.

La pluralidad de Administraciones territoriales que actúan en territorio estatal, la descentralización de competencias entre el Estado, las CCAA, las provincias y los municipios, provoca la necesidad de un reconocimiento formal de la persona como parte de la población de cada uno de estos entes territoriales, que, en la práctica, se lleva a cabo con la inscripción padronal, y con ella con la adquisición de la vecindad administrativa.

De esta forma, el acceso al derecho a la sanidad, a la educación, las ayudas en materia de vivienda o a los servicios sociales se van a encontrar directamente vinculados a la inscripción de la persona en el padrón municipal del municipio en que la persona reside y, por ende, en la provincia y Comunidad Autónoma en que éste se integra. De forma que si la persona no ha podido acceder al padrón y no existen mecanismos alternativos de acceso a estos derechos, la persona va a quedar absolutamente al margen de estos sistemas de protección social.

El padrón municipal se configura así como único instrumento para determinar la vecindad administrativa y la población de los municipios y se convierte en un instrumento clave para garantizar a las personas que residen en España el derecho a la personalidad jurídica garantizado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es decir, el reconocimiento formal, por parte de la Administración, de la persona como tal, por el mero hecho de existir y de encontrarse en España y, por ello, ser sujeto de derechos y obligaciones.

Esta situación se agrava especialmente cuando la persona es extranjera y se encuentra en situación irregular, es decir, sin ningún tipo de permiso que autorice su residencia en España.

A estas personas extranjeras en situación irregular no empadronadas no sólo les va a ser aplicable el especial estatuto jurídico que establece la LODLEE, caracterizado por la limitación de derechos, en particular el derecho al trabajo, así como de aquellos derechos de contenido prescricional que garantizan un sistema de protección social, como las ayudas en materia de vivienda, sino que, además, tampoco van a poder ejercer los escasos derechos a los que podrían tener acceso, como son la obtención de la tarjeta sanitaria que permite acudir a la sanidad pública en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos o la protección social básica.

El padrón municipal en la Ley Orgánica de reforma de la LODLEE

II

Respecto al derecho de acceso a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que el resto de la población, la LODLEE, en su artículo 12, sólo lo predica respecto de aquellas personas extranjeras en situación irregular que estén empadronadas en algún municipio español.

En estos términos, la protección social de las personas extranjeras en situación irregular sólo va a abarcar el derecho a la asistencia sanitaria de urgencia y a la protección social de los servicios sociales básicos¹².

No obstante, en la práctica, las personas extranjeras no empadronadas van a encontrar también enormes dificultades para acceder a los servicios sociales básicos que les reconoce la LODLEE.

El anteriormente mencionado derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica a través del padrón cobra una especial relevancia en el entorno de las personas extranjeras en situación irregular, debido a que estas personas carecen del vínculo de la nacionalidad española, que une al Estado español con la persona, y de una autorización de residencia, que supone la aceptación del Estado de dicha persona como parte de su población durante el tiempo que dure la autorización. Por ello, la posibilidad de obtener una declaración de la Administración sobre este reconocimiento formal del derecho a la personalidad constituye un paso importantísimo para el reconocimiento de sus derechos y obligaciones.

En este sentido, de poco le servirá a una persona extranjera en situación irregular el **reconocimiento del derecho de acceso a los servicios sociales básicos** por una ley estatal como la LODLEE, si quien presta estos servicios es otra entidad territorial de rango inferior al Estado, que, para prestarlos, necesita que se acredite al beneficiario como parte de la población protegida, esto es, como vecino empadronado.

Es decir, las personas extranjeras en situación irregular que carecen de inscripción padronal, aunque son titulares de estos derechos en los términos de la LODLEE, carecen del vínculo autonómico, provincial o municipal que los acredita como beneficiarios de éstos.

Además de estas limitaciones sobre los derechos de contenido prestacional, debemos tener en cuenta que el padrón municipal juega un papel fundamental en el proceso de acceso a situaciones de regularidad a través del denominado **arraigo social**. El RD 2393/2004, por el que se aprobó el reglamento de la LODLEE, introdujo una nueva tramitación de los arraigos cuya principal novedad fue la necesidad de acompañar la solicitud con un informe de arraigo emitido por el ayuntamiento del municipio en el que resida.

Este instrumento otorgó así competencias a los ayuntamientos para acreditar el grado de arraigo de las personas extranjeras que viven en su municipio. La vinculación de la institución del arraigo con el padrón municipal es, por tanto, doble: por un lado, el certificado de empadronamiento supone un **medio de prueba privilegiado para acreditar el tiempo de residencia en España**; de otro lado, para que el ayuntamiento emita un certificado de arraigo, será necesario que la persona extranjera se encuentre empadronada en un determinado municipio, ya que sólo éste será el ayuntamiento competente para emitir el correspondiente informe.

Ello supone que las personas extranjeras en situación irregular que viven en España, pero que no están inscritas en el padrón, van a encontrar dificultades añadidas para poder acceder a este procedimiento. Por un lado, van a tener que acreditar su residencia a través de medios alterna-

(12) Artículo 14.3 de la LODLEE.

tivos al padrón, que no siempre van a existir. Por otro lado, no van a poder dirigirse a ningún ayuntamiento para que emita su correspondiente informe, ya que, al no estar empadronados en ningún municipio, ningún ayuntamiento se va a declarar competente para tramitarlo.

Surge así un nuevo colectivo al que denomino como **personas extranjeras con residencia absolutamente irregular** (sin autorización de residencia y sin inscripción padronal), cuya principal característica definitoria consiste precisamente en ser el colectivo que actualmente tiene mayores limitaciones en el ejercicio de sus derechos en España y mayores dificultades en su proceso de integración.

Por último debemos tener en cuenta que las estadísticas oficiales se realizan en gran parte con los datos del padrón. Estas estadísticas van a resultar fundamentales en la detección de necesidades sociales y diseño de políticas públicas. Por ello, si las personas extranjeras en situación irregular no aparecen en los datos del padrón, tampoco figurarán en los análisis estadísticos y su situación pasará desapercibida en el diseño de políticas públicas, quedando en la más absoluta individualidad.

En conclusión, las personas extranjeras con residencia irregular son un colectivo absolutamente invisibilizado, con enormes limitaciones en el ejercicio de sus derechos, ya de por sí restringidos por su situación de carencia de autorización de residencia, a las que las Administraciones públicas territoriales no consiguen garantizar ni siquiera su derecho a ser reconocidas como vecinos y vecinas y, por tanto, parte de su ciudadanía o población.

Por ello, la única protección social a la que van a poder acceder va a ser la prestada por las organizaciones sociales no gubernamentales.

III. LA REFORMA DE LA INSTITUCIÓN DEL PADRÓN MUNICIPAL PARA CIUDADANOS EXTRANJEROS EN LA NUEVA LODLEE

A) Antecedentes

En la primitiva redacción de la LBRL, dada por la Ley 7/1985, dentro de las inscripciones del padrón municipal se distinguían varios colectivos: de un lado estaban los residentes. Éstos, a su vez, se dividían en **vecinos**, que eran los españoles mayores de edad, y los **domiciliados**, que estaba constituido por los extranjeros menores de edad y por los extranjeros, es decir, aquellos que no gozaban de derechos políticos. De otro lado se encontraban los **transeúntes**, ciudadanos españoles que circunstancialmente se encontraban viviendo en un municipio distinto del de su residencia habitual y voluntariamente se inscribían en el padrón.

Con la Ley 4/1996 de reforma de la LBRL se elimina la figura de los transeúntes y se **unifica en una misma categoría** a los vecinos y los domiciliados, que pasan todos ellos a merecer la condición de vecinos.

En la década de los 90, encontramos también los primeros pasos tendentes a resolver una de las cuestiones que constituye uno de los retos de nuestra sociedad actual, qué hacer con una bolsa creciente de personas extranjeras en situación irregular que se encuentra residiendo en España. La solución adoptada en aquellos momentos fue la aprobación de dos **procesos extraordi-**

El padrón municipal en la Ley Orgánica de reforma de la LODLEE

II

narios de regularización a través de las Resoluciones de 7 de junio de 1991 y del RD 155/1996, de 2 de febrero. En ambos casos, para que una persona pudiera acceder a la regularidad administrativa a través de estos procedimientos, se exigió la acreditación de un determinado período continuado de residencia en España, que demostrara un cierto nivel de «arraigo». La fórmula de mayores garantías para acreditar esta residencia continuada en territorio nacional no fue otra que el padrón municipal, que, tal y como dijimos anteriormente, sirve para probar la residencia en un municipio y, por ende, en España. Se comienza así a vincular el arraigo de una persona extranjera en situación irregular con su inscripción en el padrón.

En el año 2000 la preocupación por el colectivo de las personas extranjeras en situación irregular y el debate que su existencia suscita cristalizan en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en adelante LO 4/2000, en la que, por primera vez, se reconoce de manera formal y abierta la existencia en España de un colectivo de personas extranjeras en situación irregular.

Esta Ley muestra una especial preocupación por la integración de todas las personas inmigrantes que residen en nuestro país. Así, una de las fórmulas para conseguir esta integración es el reconocimiento de derechos a todas las personas inmigrantes, ya estén en situación regular o irregular. Se reconoce así el derecho a la sanidad, a la vivienda, a los servicios sociales, a la justicia gratuita, etc. No obstante, se establece una particularidad, se vincula el ejercicio de algunos de estos derechos al hecho de que la persona se encuentre empadronada en un municipio español.

Sin embargo, la LO 4/2000 apenas goza del período de vigencia de un año y, a finales del año 2000, se modifica por la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la LO 4/2000, en adelante LO 8/2000. Una de las características de esta modificación es la restricción de derechos de las personas inmigrantes que se encuentran en España en situación irregular. No obstante, perviven algunas de las fórmulas utilizadas en la redacción originaria de la Ley. Así, el derecho de acceso normalizado al sistema sanitario público y gratuito continúa vigente para todas las personas inmigrantes, estén o no en situación regular, siempre y cuando éstas se encuentren empadronadas.

La situación que se ha plasmado hasta el momento atribuye al padrón una función claramente tendente a la integración de las personas extranjeras en situación irregular. Sin embargo, las cosas cambian de manera sustancial tras la aprobación de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que modifica la Ley 8/2000, de 22 de diciembre; la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en adelante LO 14/2003.

Esta Ley, aunque no modifica el marco general de los derechos de las personas extranjeras, contiene en su artículo tercero una importante modificación de la LBRL, que afecta a la situación en el padrón de aquellos y aquellas extranjeras que se encuentran en situación administrativa irregular.

Por un lado, se señala de manera indubitada cuál es el número de identificación que debe constar en el padrón municipal, de forma que cuando la persona extranjera esté en situación regu-

lar se consignará el NIE (Número de Identificación de Extranjero emitido por las autoridades españolas) y, cuando esté en situación irregular, el número de pasaporte en vigor¹³. Ello permite conocer a través de los datos del padrón cuántas personas se hallan en un determinado territorio en situación irregular e incluso identificar si una persona extranjera en concreto está en situación regular o no.

Por otro lado, se establece la obligación de renovación periódica, cada 2 años, de la inscripción padronal¹⁴ de las personas inmigrantes que no tengan un permiso de residencia permanente.

Esta obligación de renovación periódica del padrón, además de posibilitar una mejor actualización de los datos del padrón, relativos a la residencia de la persona extranjera en España, presenta una segunda lectura derivada del colectivo específico al que afecta.

Hasta que una persona extranjera accede a una autorización de residencia permanente, su situación administrativa es muy frágil, debido a que cada determinado periodo de tiempo tendrá que solicitar la renovación de su autorización para residir en España acreditando unos requisitos de carácter económico relativos a su manutención que no siempre son fáciles de cumplir. Por ello, es posible que una persona que se empadronó con una autorización de residencia en la que constaba un NIE ahora se encuentre en situación irregular y tenga, según se indicó en los párrafos anteriores, que renovar su inscripción padronal consignando el número de pasaporte.

Con este sistema de renovación periódica de la inscripción padronal, al tener que presentar la persona extranjera con cada renovación su documentación en vigor, los datos del padrón permiten conocer si la persona que se empadronó con su NIE continúa en posesión de una autorización de residencia o, por el contrario, si su residencia ha devenido irregular. Es decir, permite actualizar los datos del padrón que identifican la situación administrativa en la que se halla una persona extranjera cada 2 años.

Podría pensarse que la única finalidad de esta modificación es mejorar la información padronal de cara a la elaboración de estadísticas oficiales que permitan contabilizar el número de personas extranjeras que residen en un municipio, provincia, Comunidad Autónoma o en todo el ámbito estatal, es decir, una finalidad de control meramente estadístico.

Sin embargo, también se modifica el régimen de acceso a los datos del padrón¹⁵, facilitando a diferentes Administraciones públicas, entre ellas a la Policía, el acceso a éstos, lo que nos hace pensar en otro tipo de utilidades distintas a la estadística.

No queremos ser alarmistas, ya que, hasta el momento, no tenemos noticias de que esta facultad se esté utilizando para incoar procedimientos de expulsión, ni parece que sea ésta la intención del actual Gobierno. Sin embargo, el hecho de que esta habilitación exista comporta un claro riesgo en caso de que el Estado busque una política de inmigración más agresiva hacia las personas que se encuentran en situación irregular en España.

(13) Artículo 16.2 de la LBRL.

(14) Artículo 15 de la LBRL.

(15) Artículo 16.3, 16.4 y disposición adicional séptima.

El padrón municipal en la Ley Orgánica de reforma de la LODLEE

II

En definitiva, la LO 14/2003 supone la configuración del padrón como un instrumento de control sobre el colectivo de las personas extranjeras en situación irregular que, aunque en principio es un control estadístico, podría ampliarse a un control policial.

Esta modificación de la LODLEE por la LO 14/2003 se desarrolla en el Real Decreto 2393/2004, de 14 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, en adelante RD 2393/2004. Este Reglamento introduce nuevas cuestiones que afectan al padrón municipal, si bien todas ellas aparentan un carácter favorable a la integración de las personas inmigrantes.

Por un lado encontramos el anteriormente referido procedimiento de regularización por arraigo social, que, como señalamos anteriormente, se encuentra doblemente vinculado a la institución de padrón, en la acreditación de la residencia en España y en la atribución de competencia al ayuntamiento que debe elaborar el correspondiente informe de arraigo.

Por otro lado, la disposición adicional decimocuarta de este nuevo Reglamento de Extranjería introduce, por primera vez desde la aprobación de la LO 4/2000, la fórmula de reconocimiento de derechos vinculada a la inscripción padronal. De esta forma, el Reglamento amplía el derecho a la educación postobligatoria gratuita a los menores extranjeros en situación irregular, condicionándolo a que la persona extranjera se encuentre empadronada.

Por último, no podemos dejar de hacer referencia al denominado proceso de normalización, regulado en la disposición transitoria tercera del Reglamento, en el que Gobierno señala de manera específica como requisito de acceso el hecho de estar empadronado en España con 3 meses de anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento.

En conclusión puede decirse que en la relación del padrón municipal con el colectivo de personas extranjeras en situación irregular conviven dos funciones, una relacionada con su proceso de integración, que les permite acceder a determinados derechos y, pasados tres años, a los procedimientos de regularización por arraigo, y otra de control, que permite a las Administraciones públicas conocer a través de los datos del padrón cuántos extranjeros residen en un determinado territorio e incluso identificarlos de manera individual, aunque, en la práctica, esta última opción no parece que se esté utilizando.

B) La incidencia en el padrón de la reforma actual de la LODLEE

El actual proyecto de reforma, que en el momento en que se escribe este artículo se encuentra ya aprobado por el Senado y parece que se aprobará el próximo 26 de noviembre, ha vuelto a introducir modificaciones que afectan al empadronamiento de las personas extranjeras. No obstante, la técnica legislativa utilizada en este caso ha sido distinta. Si en la LO 14/2003 se optó por modificar directamente la LBRL, el actual proyecto de Ley ha optado por introducir ciertas especificidades del empadronamiento de personas extranjeras en la propia LODLEE.

Se modifican así cuatro artículos, el 6.3, el 53.1.c), el 53.2.c) y el 54.1.e), que tienen una incidencia directa en el padrón, y se introducen modificaciones en la disposición adicional quinta, que podrían tener incidencia indirecta sobre el destino de los datos padronales.

Para poder analizar el alcance de esta reforma vamos a estudiar por separado cada uno de estos artículos.

a) La reforma del artículo 6.3. Los derechos de participación pública y la formación del padrón

a') El proceso de reforma

Dentro del artículo 6, que regula los derechos de participación pública, el apartado tercero venía estableciendo una obligación de los ayuntamientos de empadronar a las personas que residen en su municipio en los siguientes términos: «Los ayuntamientos incorporarán al padrón y mantendrán actualizada la información relativa a los extranjeros que residan en el municipio».

En el texto que el Grupo Socialista presentó al Congreso se introducía la siguiente modificación: «Los ayuntamientos incorporarán al padrón a los extranjeros que residan en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a ellos».

Aparentemente se trata de una modificación de estilo, no obstante, la pregunta obligada consiste en determinar si esta modificación tiene alguna otra significación.

En mi opinión, esta modificación se encuentra en la misma línea que la de los artículos que más adelante estudiaremos. Lo que está haciendo el legislador es reforzar estas obligaciones de los ayuntamientos y separar la obligación de incorporar a los extranjeros que residan en el municipio en el padrón de la obligación de mantener actualizada la información relativa a estos mismos extranjeros, dotando a esta última de mayor contenido.

La polémica sobre la modificación de este artículo surge a raíz de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley. En ella se identifica el término extranjero residente con extranjero que cuenta con una autorización de residencia. Ante esta situación protestan diversas organizaciones sociales, entendiendo que se estaba tratando de restringir el acceso de las personas inmigrantes en situación irregular al padrón.

El Grupo Socialista se hace eco de estas protestas e introduce una enmienda en la que se sustituye el término «extranjeros que residan en el municipio» por «extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio».

b') Incidencia sobre el derecho de acceso al padrón de personas extranjeras en situación irregular

Ya mencionamos anteriormente cómo no existe ningún texto legal que haga referencia expresa al derecho de acceso al padrón de los ciudadanos. La LBRL configura la inscripción padronal como una obligación de todas las personas que vivan en España.

La jurisprudencia, por su parte, ha vinculado este derecho de acceso al padrón con el derecho a la libre elección de residencia del artículo 19 de la CE y con el derecho a la participación electoral del artículo 23 de la CE. El derecho de acceso al padrón se encuentra, por tanto, directamente vinculado y protegido por derechos de rango constitucional de primer orden.

Pues bien, las personas extranjeras en situación irregular no tienen reconocido ninguno de estos derechos constitucionales, según se especifica en los artículos 5 (derecho a la libre elección de residencia) y 6 (derechos de participación pública) de la LODLEE. Además, la LODLEE tampoco especifica un derecho de acceso al padrón de las personas extranjeras o una obligación de inscribirse, de la que pueda inferirse este derecho. Como hemos visto, el artículo 6.3 de la

El padrón municipal en la Ley Orgánica de reforma de la LODLEE

II

LODLEE sólo realiza un mandato a los ayuntamientos, dejando en el aire la naturaleza de este derecho de acceso al padrón.

Quiero resaltar ya desde este momento cómo toda la reforma que en materia de padrón se realiza desde el actual proyecto de la LODLEE tiene en su punto de mira el control de los datos del padrón, sin preocuparse en absoluto del derecho y posibilidades de acceso a éste por parte de los ciudadanos extranjeros.

Y es que, una buena prueba de ello es la actual redacción de este artículo, que, tras la inclusión de la enmienda del Grupo Socialista, que pretendía garantizar el acceso al padrón por parte de los ciudadanos extranjeros, queda de la siguiente manera: «Los ayuntamientos incorporarán al padrón a los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a los mismos».

Introducir el término domicilio habitual en este artículo podría estar modificando los presupuestos del acceso al padrón por parte de las personas extranjeras.

La LBRL señala como único requisito de acceso al padrón «vivir en España». Cumplido este requisito, la persona tendrá que empadronarse en el municipio en el que tenga su residencia habitual. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 17 de septiembre de 1996, estableció que para adquirir la vecindad no es preciso acreditar la residencia efectiva previa, sino que basta la declaración de voluntad del interesado en este sentido, sin perjuicio de las posibles sanciones en caso de discrepancia de la realidad. Es decir, es la propia residencia o incluso la voluntad manifestada de establecer la residencia habitual en un determinado municipio la que permite la inscripción padronal, no el hecho de contar con un domicilio habitual.

El actual enunciado del Proyecto de Ley podría plantear discriminaciones en el acceso a la inscripción padronal de extranjeros que, aun residiendo en un municipio, carecen de un domicilio en el que empadronarse. Nos ocuparemos con mayor detenimiento de este supuesto al analizar las posibles repercusiones de esta reforma sobre el empadronamiento ficticio o social.

b) La reforma del artículo 53.1.c). La introducción de la infracción de falsedad en los datos del padrón

La LODLEE desde su redacción originaria viene considerando como una infracción grave las falsedades en las obligaciones de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afectan a la nacionalidad, estado civil o domicilio. Esta infracción se regulaba en el artículo 53.2.c) en los siguientes términos: «Son infracciones graves: Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio».

En el proyecto de reforma se ha ampliado este supuesto a la falsedad en la declaración de los datos del padrón, de forma que el artículo ha quedado redactado de la siguiente manera: «Son infracciones graves: Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afectan a la nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos

en esta Ley. Cuando cualquier autoridad tuviera conocimiento de una posible infracción por esta causa, lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes con el fin de que pueda instruirse el oportuno expediente sancionador».

La primera precisión que debe hacerse es concretar cuáles son estos datos a los que se refiere este artículo. La respuesta nos la da el artículo 17.1 de la LBRL, que señala los datos que los ciudadanos tienen la obligación de facilitar a los ayuntamientos en el momento de la inscripción. Estos datos son: el nombre y apellidos, el sexo, el domicilio habitual, la nacionalidad, el lugar y fecha de nacimiento, el número de identificación personal (DNI en caso de nacionales, NIE en caso de extranjeros y número del pasaporte en vigor en el caso de personas extranjeras en situación irregular), el certificado o título escolar o académico que se posea, así como cuantos otros datos puedan ser necesarios para la elaboración del censo electoral, siempre que se garantice el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Antes de entrar a analizar las dudas interpretativas que plantea este artículo, conviene señalar que el artículo 107 del RPDT¹⁶ ya establece un régimen sancionador para este tipo de falsedades. Aunque, en la práctica, el régimen de infracciones y sanciones en materia de padrón municipal no se ha desarrollado.

La primera cuestión que se plantea es la delimitación del tipo de infracción regulada en la nueva LODLEE. Lo primero que llama la atención es que el artículo no requiere que la infracción sea grave. Ello nos lleva a plantearnos si cualquier falsedad en los datos del padrón puede ser sancionada por esta vía. En mi opinión, sólo podrán ser sancionadas falsedades contrarias a los fines previstos por la LODLEE, según señala el propio texto, por ejemplo, presentar una falsedad en un procedimiento de regularización por arraigo o en una reagrupación familiar.

Si la falsedad se cometiera con otros fines, por ejemplo conseguir que los hijos menores acudan a un determinado centro escolar, no podría aplicarse esta sanción. No obstante, la redacción del proyecto de Ley resulta suficientemente ambigua como para que resultara posible admitir otro tipo de interpretaciones.

Otro aspecto que considero importante en la delimitación del tipo consiste en saber si puede aplicarse esta infracción cuando la falsedad en los datos del padrón se produce por una conducta pasiva, consistente en no notificar al ayuntamiento en el que la persona figura empadronada un cambio de domicilio o de municipio de residencia. En mi opinión, atendiendo al tenor literal de la Ley, que habla de falsedad y no de ocultación dolosa, no cabría este tipo de sanción por omisión, ya que el tipo se refiere exclusivamente a la declaración. No obstante, tendremos que esperar para ver qué interpretación se hace de este precepto desde las autoridades competentes.

La segunda cuestión que se suscita consiste en delimitar el alcance de la obligación de denuncia de las autoridades que pueden tener conocimiento de este tipo de infracciones, es decir, los ayuntamientos.

En mi opinión esta obligación de denuncia sólo sería aplicable en los supuestos delimitados anteriormente, esto es, cuando la falsedad de los datos del padrón afecte a algún procedimiento

(16) Artículo 107 del RPDT: La negativa de los españoles y extranjeros que vivan en territorio español a cumplimentar las hojas de inscripción padronal, la falta de firma en éstas, las omisiones o falsedades producidas en las expresadas hojas o en las solicitudes de inscripción, así como el incumplimiento de las demás obligaciones dimanantes de los preceptos anteriores en relación con el empadronamiento, serán sancionadas por el alcalde conforme al artículo 59 del Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad a que hubiera lugar.

El padrón municipal en la Ley Orgánica de reforma de la LODLEE

II

regulado en la LODLEE (p. ej.: cuando se detecten estas falsedades en la elaboración de informes de inserción o de reagrupación familiar), no obstante, como señalamos más arriba, tendremos que esperar para ver cuál es la interpretación de este artículo que aplican las autoridades competente.

En cualquier caso conviene poner en este momento en relación este artículo 53.1.c) con el anteriormente estudiado 6.3 del proyecto de reforma. Ya señalamos en el estudio del artículo anterior cómo, aunque la modificación pudiera parecer a simple vista una reforma de estilo, la nueva redacción otorga mayor énfasis y contenido a la obligación de los ayuntamientos de mantener actualizada la información relativa a los extranjeros que residan en su municipio.

En mi opinión, el legislador pretende con la conjunción de estos dos artículos implicar a los ayuntamientos en el control de las personas extranjeras.

Asimismo, se vuelve a poner de manifiesto la falta de sensibilidad del legislador con las dificultades que muchas personas extranjeras tienen para acceder y permanecer inscritas en el padrón municipal, tal y como ampliaremos más adelante al estudiar la incidencia que esta modificación puede tener sobre el empadronamiento ficticio o social.

c) El nuevo artículo 53.2.c). La infracción de consentimiento en los empadronamientos indebidos

En el apartado anterior estudiamos cómo el proyecto de reforma de la LODLEE sancionaba la declaración del empadronado de datos falsos en el padrón municipal. Con este artículo se añade una nueva infracción que afecta al que podríamos denominar como empadronante. Así regula el artículo 53.2.c) también como infracción grave «consentir la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal, por parte del titular de una vivienda habilitado para tal fin, cuando la vivienda no constituya el domicilio real del extranjero. Se incurrirá en una infracción por cada persona indebidamente inscrita».

Esta infracción, que afecta tanto a personas extranjeras como nacionales, es sancionable con multa de 500 a 10.000 euros.

Las dudas interpretativas que suscita este artículo son similares a las señaladas en el caso anterior y afectan a la delimitación de la infracción.

La primera cuestión que se plantea es si el consentimiento de cualquier alta padronal en una vivienda cuando ésta no constituya el domicilio real del extranjero es sancionable en base a este artículo de la LODLEE.

En principio entiendo, al igual que en el caso anterior, que sólo cuando la infracción se produzca en el seno de un procedimiento regulado en la LODLEE podrá abrirse un procedimiento sancionador. No obstante, a diferencia de lo que sucedía en este artículo, se evita cualquier referencia a los fines propios de la LODLEE.

La segunda cuestión se refiere al término domicilio y lo que debemos entender por domicilio real. ¿El domicilio es el lugar donde se duerme, donde se pasa más tiempo al día, o simplemente se trata de un domicilio a efectos de notificaciones, es decir, el lugar en el que sea razonable esperar que una comunicación llegue al interesado?

Esta última interpretación amplia del término domicilio es la que, a efectos de inscripción en el padrón municipal, se recoge en la resolución del INE de 4 de julio de 1997. El problema consiste en que el legislador parece querer restringir este término al referirse explícitamente al «domicilio real». Como vemos, esta cuestión se encuentra abierta a todo tipo de interpretaciones, por lo que tendremos que esperar a su aplicación para observar el sentido en el que utiliza.

La tercera cuestión que se plantea se refiere a la posibilidad de sancionar conductas pasivas por parte del titular de la vivienda habilitado para tal fin. Esta conducta consistiría en no denunciar a la persona que vivía en un determinado domicilio y posteriormente se cambia a otra vivienda sin comunicarlo a las oficinas del padrón. En mi opinión, al igual que sucedía en la infracción anteriormente estudiada no cabría infracción por omisión, ya que no se encuentra debidamente tipificada. No obstante, tendremos que esperar para ver cuál es la interpretación que pone en práctica la autoridad competente.

En esta misma línea debemos señalar que, según la Resolución del INE de 4 de julio de 1997, se encuentran legitimadas para autorizar un empadronamiento tanto el propietario como el arrendatario e incluso cualquier otra persona mayor de edad que se encuentre empadronada en ese domicilio. En principio, entiendo que sólo afecta la infracción a la persona que firma la autorización, es decir, cuando no exista una relación jurídica que ampare el empadronamiento sin necesidad de autorización. En cualquier caso, la falta de concreción del tipo de infracción presenta ambigüedades que podrían desembocar en diferentes interpretaciones.

Una interpretación excesivamente amplia de la infracción podría desembocar en una externalización del control de las inscripciones padronales a los propios ciudadanos a través de una obligación de denuncia, bajo amenaza de sanción, de las personas que se hayan cambiado de domicilio sin comunicarlo al ayuntamiento correspondiente.

d) El nuevo artículo 54.1.e). La infracción de consentimiento con ánimo de lucro en los empadronamientos indebidos

Como ya señalamos al estudiar el artículo 53.2.c), la infracción no requería que el consentimiento de la inscripción padronal se produjera de forma onerosa. En este artículo 54.1.e) se tipifica esta misma conducta cuando este consentimiento para el alta padronal se otorga con ánimo de lucro.

Entendemos que esta infracción va a ser de muy difícil aplicación. Primero, porque cuando una persona empadrona a otra con ánimo de lucro no se firman recibos que lo justifiquen. Segundo, porque no se ha establecido ningún mecanismo que permita a las personas extranjeras denunciar este tipo de infracciones sin que tengan la seguridad de que, a su vez, no van a ser sancionados por la falsedad en los datos del padrón anteriormente estudiada y señalada en el artículo 53.1.c).

Se echa de menos, por el contrario, que no se sancione otro tipo de comportamientos relacionados con la inscripción padronal de las personas extranjeras y que afectan directamente al acceso a éste. Así, suele ser habitual que en el subarrendamiento de habitaciones se negocie el precio del alquiler incluyendo un plus por consentir el empadronamiento. En otros casos, ni

El padrón municipal en la Ley Orgánica de reforma de la LODLEE

II

siquiera se plantea esta posibilidad y el propietario o arrendador niega al inquilino la autorización para empadronarse. Este tipo de conductas, que limitan la posibilidad de ejercicio de derechos básicos en el proceso de integración de las personas extranjeras, en mi opinión sí deberían ser objeto de sanciones específicas.

No obstante, el legislador vuelve a mostrar su falta de sensibilidad hacia este colectivo, que cuenta con especiales dificultades en el acceso a una vivienda en la que poder empadronarse. Se potencia la exactitud de los datos del padrón sin otorgar ninguna importancia al hecho de que pueda generarse un importante colectivo que no pueda acceder a aquél sin establecerse ninguna medida de carácter favorable al empadronamiento de extranjeros.

IV. REPERCUSIONES DE LA REFORMA SOBRE EL EMPADRONAMIENTO FICTICIO

El empadronamiento ficticio, también llamado empadronamiento social, es la solución que ofrece la Resolución de 4 de julio de 1997, conjunta de la presidenta del INE y del Director General de Cooperación Local, a las personas que, residiendo en un municipio, carecen de domicilio en él, en desarrollo del artículo 54.3 del RPDT¹⁷.

Así, la Resolución, tras señalar la posibilidad de que las infraviviendas figuren como domicilio válido a efectos de empadronamiento, señala lo siguiente:

«Las situaciones más extremas pueden plantear la duda sobre su constancia o no en el Padrón municipal. El criterio que debe presidir esta decisión viene determinado por la posibilidad o imposibilidad de dirigir al empadronado una comunicación al domicilio que figure en su inscripción. En el caso de que sea razonable esperar que esa comunicación llegue a conocimiento del destinatario, se le debe empadronar en esa dirección.

La correcta aplicación de este artículo determina, por un lado, que se deba aceptar como domicilio cualquier dirección en la que efectivamente vivan los vecinos, y, por otro, que pueda y deba recurrirse a una dirección ficticia en los supuestos en los que una persona que carece de techo reside habitualmente en el municipio y sea conocida de los Servicios Sociales correspondientes.

Las condiciones que deberían cumplirse para este tipo de empadronamiento son las siguientes:

- Que los servicios sociales estén integrados en la estructura orgánica de alguna Administración pública.
- Que los responsables de estos Servicios informen sobre la habitualidad de la residencia en el municipio del vecino que se pretende empadronar.
- Que los servicios sociales indiquen la dirección que debe figurar en la inscripción padronal, y se comprometan a intentar la práctica de la notificación cuando se reciba en esa dirección una comunicación procedente de alguna Administración pública.

En estas condiciones, la dirección del empadronamiento será la que señalen los servicios sociales: La dirección del propio servicio, la del albergue municipal, la del punto geográfico concreto donde ese vecino suela pernoctar, etc.».

(17) Artículo 54.3 del RPDT: «La inscripción en el padrón municipal de las personas que residiendo en el municipio carezcan de domicilio en el mismo sólo se podrá llevar a cabo después de haber puesto el hecho en conocimiento de los servicios sociales competentes en el ámbito geográfico donde esa persona resida».

Pues bien, una interpretación excesivamente rigurosa del término «domicilio habitual» como condicionante del acceso al padrón del artículo 6.3 y del término «domicilio real» del artículo 53.2.c) podría perjudicar el empadronamiento ficticio de personas extranjeras.

V. FINALIDAD DE LA REFORMA

Tras realizar este estudio de cada uno de los artículos contenidos en esta reforma que afectan al padrón municipal, debemos preguntarnos cuál es la finalidad de esta reforma.

En la Exposición de Motivos se vincula directamente la modificación de los artículos incluidos en el título III con el objetivo de reforzar la lucha contra la inmigración irregular. Para ello, continúa la Exposición de Motivos, se prevén infracciones para evitar actuaciones fraudulentas como el falseamiento de los datos del padrón.

Sin embargo, como hemos visto, los artículos 53.1.c), 53.2.c) y 54.1.e) establecen infracciones vinculadas tanto con personas extranjeras en situación irregular como con aquellas que cuentan con una autorización de residencia.

En mi opinión, la autentica finalidad de la reforma no es otra que la posibilidad de control constante sobre las personas extranjeras que residen en España. Lo que busca el legislador es crear un instrumento que permita a la Administración conocer de manera exacta dónde residen las personas extranjeras que viven en España, pudiendo identificar, además, si su situación administrativa es o no regular.

En definitiva, lo que persigue el legislador es convertir al padrón municipal en el *Gran Hermano* de las personas extranjeras.

Este proceso de perfeccionamiento del padrón como instrumento de control ya se inició con la LO 14/2003.

Como ya hemos señalado anteriormente, el padrón municipal es el único registro en el que constan inscritas todas las personas extranjeras, estén o no en situación regular. Consciente de ello, y con el fin de adecuar a la realidad el contenido del padrón, según la propia Exposición de Motivos, en la LO 14/2003, se aprovecha para reformar también determinados artículos de la LBRL, en los siguientes términos:

- Artículo 16.2 de la LBRL: Se fija el número de pasaporte como identificador de extranjeros en situación irregular (Control).
- Artículo 16.1 de la LBRL: Se regula un procedimiento especial de caducidad de las inscripciones de extranjeros cada 2 años cuando éstos no cuenten con una autorización de residencia permanente (Control).
- Artículo 16.3 de la LBRL: Se abre la posibilidad de cesión de los datos del padrón a otras Administraciones públicas sin el consentimiento previo al afectado cuando estos datos sean para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes (Control).
- Artículo 16.4 de la LBRL: Se establece la obligación del INE de remitir trimestralmente a otras Administraciones con competencia en materia estadística y otras «Administraciones públicas» los datos estadísticos de las Comunidades Autónomas u órganos competentes en la

El padrón municipal en la Ley Orgánica de reforma de la LODLEE

II

materia y, en su caso, a otras Administraciones públicas los datos relativos a los padrones en los que se produzcan altas o bajas de extranjeros (Control).

- Disposición adicional séptima de la LBRL: Se posibilita el acceso de la Dirección General de Policía a los datos del padrón por vía telemática para el cumplimiento de los fines de la LODLEE, supeditado a ciertas garantías recogidas en la Ley Orgánica de protección de datos (Control).

Como vemos, las reformas introducidas por la LO 14/2003 van encaminadas a mejorar y actualizar la información relativa a las personas extranjeras contenida en el padrón municipal y a facilitar el acceso a esta información por parte de otras Administraciones públicas; entre ellas, se cita expresamente a las Administraciones con competencia estadística y a la Dirección General de Policía.

Pues bien, con el actual proyecto de reforma, en legislador da un paso más. En primer lugar, da mayor contenido a la obligación de los ayuntamientos de mantener actualizada la información padronal relativa a las personas extranjeras.

En segundo lugar, se prevén sanciones específicas en materia de padrón municipal, exclusivamente vinculadas con el empadronamiento de personas extranjeras.

En tercer lugar, se atribuye una potestad sancionadora a una Administración hasta ahora incompetente en materia de padrón.

En cuarto lugar, en la interpretación más rigurosa de la Ley, podría estar creando un mecanismo de denuncia de la situación de los extranjeros por parte de los ayuntamientos y los vecinos titulares de viviendas, en este último caso bajo amenaza de sanción.

Por último, se introduce una modificación en la disposición adicional quinta en la que se apunta a la creación, vía reglamento, de una aplicación informática común que permita la interconexión del Registro Central de Extranjeros con otras instituciones, con la finalidad de que conste en él la información que pueda repercutir en la situación administrativa de los extranjeros en España.

Como hemos señalado, el único Registro en el que consta la situación administrativa de todos los extranjeros es precisamente el padrón municipal. Sospecho que una de las instituciones afectadas por esta interconexión puede ser el padrón municipal, ya sea directamente con los ayuntamientos o a través del INE.

Como vemos, el legislador ha tomado conciencia de la importancia del padrón como instrumento de control de las personas extranjeras que viven en España, ya sea este control con fines estadísticos, imprescindibles para la elaboración de políticas públicas, con fines de localización, al efecto de notificar procedimientos administrativos o judiciales, e incluso con fines más perversos e inconfesables.

Dada la política del actual Gobierno no creo que debamos ser alarmistas. Al igual que sucedió con los temores que suscitó la anterior reforma sobre la utilización del padrón como instrumento destinado a combatir la inmigración irregular, tampoco parece que por ahora se vaya a caminar en esta dirección. No obstante, el instrumento se ha creado y con un margen de interpretación, y por ello de aplicación muy grande, que nos obliga a permanecer vigilantes.

ALEJANDRO PEÑA PÉREZ

Abogado del ICA Cádiz
Experto Jurídico en Migraciones internacionales y
Extranjería
(alejandro_app@ono.com)

III

Estatus jurídico de los ascendientes en el actual régimen comunitario: especial referencia a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge (*)

RESUMEN

ESTATUS JURÍDICO DE LOS ASCENDIENTES EN EL ACTUAL RÉGIMEN COMUNITARIO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS ASCENDIENTES DE CIUDADANO ESPAÑOL O DE SU CÓNYUGE

El objetivo principal del presente trabajo va dirigido al estudio del actual Régimen Comunitario existente en el Derecho de Extranjería español, que encuentra su cobertura legal en el RD 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, mediante el cual se vino a transponer al Ordenamiento Jurídico español la Directiva 2004/38/CE.

Dicho estudio se centra de forma genérica en el estatus jurídico que ostentan los ascendientes de ciudadanos de la UE y del AEEE, y de manera particular en la nueva situación en la que han pasado a englobarse los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge, centrándonos para ello en dos aspectos fundamentales de dicho estatuto: por un lado, la restricción sufrida en el Derecho a trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia de todo ascendiente, derivado de la Directiva 2004/38/CE, y del que el RD 240/2007 ha decidido prescindir, y, por otro lado, la exclusión de los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge del Régimen Comunitario por primera vez en la historia desde la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea en 1986.

Se pretende, así, arrojar luz sobre lo que se considera un enorme paso atrás en la regulación de Régimen Comunitario, especialmente por lo que se refiere a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge.

(*) El artículo es una reelaboración de la Tesina o Trabajo final del Postgrado «Experto Jurídico sobre Migraciones internacionales y Extranjería» 7ª Edición 2008-2009, elaborada por su autor y con la que alcanzó la calificación de *cum laude*.

ABSTRACT

JURIDICAL STATUS OF THE ASCENDANT RELATIVES IN THE CURRENT COMMUNITY REGIME: SPECIAL REFERENCE TO SPANISH CITIZEN'S ASCENDANT RELATIVES OR OF THEIR SPOUSE

The main aim of the present work is the study of the current Community Regime existent in the Spanish Right of Alienage that finds its legal covering in the RD 240/2007, of February 16, on Entrance, Free Circulation and Residence in Spain of Citizens of the States members of the European Union and of other States part of the Agreement on the European Economic Space, by means of which was moved to the Spanish Law the Directive 2004/38/CE.

This study focuses in a generic way in the juridical status that hold the ascendant relatives of citizens of the EU and of the EESA, and in a particular way in the new situation in which are included the Spanish citizen's ascendant relatives or of its spouse, centring for it in two fundamental aspects of this statute: on one hand, the restriction suffered in the right to be non-self employee or self-employee of all the ascendant relatives, derivate of the Directive 2004/38/CE, and that have been left out by the RD 240/2007; and on the other hand, the exclusion of Spanish citizen's ascendant relatives or of their spouse of the Community Regime for the first time in the history from the adhesion of Spain to the European Economic Community in 1986.

It is sought this way, to throw light on what is considered an enormous step backward in the regulation of Community Regime, especially regarding Spanish citizen's ascendant relatives or of their spouse.

SUMARIO

I. Evolución histórica del régimen comunitario en relación a los ascendientes hasta la aparición del RD 240/2007.

II. Régimen comunitario actual: los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge en el RD 240/2007. A) Derecho a trabajar de los ascendientes: incumplimiento por parte de

Estatus jurídico de los ascendientes en el actual régimen comunitario

III

España de la Directiva 2004/38/CE. B) Derecho a residir de los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge: ¿reagrupación familiar o des-agrupación familiar?

III. Situación actual del RD 240/2007: acoso y derribo.

IV. Conclusiones.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN COMUNITARIO EN RELACIÓN A LOS ASCENDIENTES HASTA LA APARICIÓN DEL RD 240/2007

Desde la adhesión de España a la hoy Unión Europea, los cambios sufridos dentro del Régimen Comunitario han sido muchos y de especial relevancia. Por dicho motivo, resulta aconsejable realizar un breve repaso histórico por las distintas normas que han dado cobertura al Régimen Comunitario en España, ciñéndonos expresamente al estudio y evolución de la figura de los ascendientes, en general, y de los ascendientes de los nacionales españoles o de su cónyuge en particular¹. Siguiendo una exposición cronológica de estos reales decretos, cabe destacar los siguientes aspectos de la relación entre Régimen Comunitario y estatus jurídico de los ascendientes:

a) RD 1099/1986, de 26 de mayo, sobre Entrada, Permanencia y Trabajo en España de ciudadanos de Estados Miembros de la Comunidad Europea². Este primer Real Decreto tuvo como finalidad esencial la de dar el primer paso en la incorporación del Acervo Comunitario al Ordenamiento Jurídico español³. Dentro de éste, el estatuto de los familiares, más concretamente de los ascendientes, venía reconocido por el artículo 2.1.b). Este precepto establecía que:

«1. El presente Real Decreto se aplicará también, según los casos, a los familiares de los ciudadanos de otros Estados miembros, contemplados en el artículo anterior, lo que incluye, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 del Reglamento CEE, número 1612/68, y en la Directiva 73/148/CEE:

b) Sus ascendientes que vivan a sus expensas, así como los de su cónyuge».

Después de esta previsión genérica, en el apartado 2.º se realizaba una precisión respecto a los ascendientes de nacional español o de su cónyuge, estableciendo que «También se aplicarán las normas de este Real Decreto a los familiares de españoles, que sean ciudadanos de Estados Miembros de la CEE o de terceros países».

(1) Hay que recordar que en el momento de la adhesión de España a la CEE se encontraba en vigor la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, la cual no contenía previsión alguna al particular estatus jurídico del que eran titulares los nacionales de los Estados miembros de la CEE.

(2) BOE núm. 139, de fecha 11 de julio de 1986.

(3) Entre estas disposiciones del Acervo Comunitario, en el ámbito del Derecho de Extranjería eran de especial relevancia el Reglamento CEE núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la Libre Circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, y la Directiva 73/148/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al Desplazamiento y a la Residencia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios.

Cabe concluir que los familiares más allegados a ciudadano español, ascendientes incluidos, quedaron integrados en un primer momento dentro del Régimen Comunitario. Dicho reconocimiento abarca en estos inicios el Derecho a Residir, según disponía el artículo 4 del RD 1099/1986, en concordancia con el artículo 10.1 del Reglamento CEE núm. 1612/68 y la Directiva 73/148/CEE.

b) Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre Entrada y Permanencia en España de Nacionales de Estados miembros de la Unión Europea⁴. El RD 766/1992 surgió como sustitutivo del RD 1099/1986, teniendo como principal objetivo la transposición de nuevas disposiciones nacidas en el seno de la UE⁵. Por lo que respecta a los ascendientes, el artículo 2.c) disponía que:

«El presente Real Decreto se aplicará también, cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de las Comunidades Europeas, que a continuación se relacionan:

c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de hecho o de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges, que no tendrán derecho de residencia».

Por su parte, el estatus jurídico de los ascendientes sigue siendo idéntico: Derecho a Residir (artículo 4.1 del RD 766/1992). Una novedad significativa es el reconocimiento al cónyuge y a los descendientes del Derecho a desarrollar cualquier actividad lucrativa, por cuenta ajena o por cuenta propia, derecho que, no obstante, queda restringido para los ascendientes (artículo 4.2 del RD 766/1992 en relación con el artículo 2.2 de la Directiva 90/364/CEE).

c) Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, por el que se modifica el RD 766/1992⁶. Como su propio nombre indica, este reglamento vino a introducir ciertas modificaciones necesarias tras los nuevos acontecimientos acaecidos durante estos 3 años⁷. No obstante, la reforma llevada a cabo influyó poco en lo referente al estatus jurídico de los ascendientes⁸.

(4) BOE núm. 156, de fecha 30 de junio de 1992.

(5) Cabe destacar la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al Derecho de Residencia; la Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al Derecho de Residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional; la Directiva 90/366/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al Derecho de Residencia de los estudiantes, y, finalmente, el Reglamento CEE núm. 2194/91 del Consejo, de 25 de junio de 1991, relativo al período transitorio aplicable a la libre circulación de los trabajadores entre España y Portugal por una parte, y los otros Estados miembros por otra, mediante el cual se adelantó la finalización del período transitorio dispuesto en el Acta de Adhesión de España y Portugal a la CEE.

(6) BOE núm. 133, de fecha 5 de junio de 1995.

(7) Entre las modificaciones introducidas por el RD 737/1995 se venía a completar el RD 766/1992 tras la entrada en vigor el día 1 de enero de 1994 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (AEEE), firmado en Oporto el día 2 de mayo de 1992 y ratificado por España en fecha 26 de noviembre de 1993; la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea en fecha 10 de junio de 1994, firmado el 7 de febrero de 1992 en Maastricht, y la Adhesión a la UE como nuevos Estados miembros de Austria, Finlandia y Suecia desde el día 1 de enero de 1995.

(8) La única modificación que afectó a su estatus jurídico es la modificación del artículo 2.c), eliminando el inciso «de hecho» dentro del enunciado «siempre que no estén separados de hecho o de derecho».

Estatus jurídico de los ascendientes en el actual régimen comunitario

III

d) Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre, por el que se modifica parcialmente el régimen de entrada y permanencia en España de nacionales de estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados partes en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁹. Quizás el Real Decreto de menor importancia entre los estudiados, resultó totalmente intrascendente a este respecto.

e) Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo¹⁰. Al igual que sucediese con el RD 737/1995, las novedades acontecidas durante los últimos años aconsejaban una revisión del Régimen Comunitario¹¹. Por lo que respecta al ámbito de los ascendientes, no reviste novedad alguna. En efecto, su artículo 2.c), igual que hiciera el RD 766/1992, se refiere al ascendiente preceptuando que:

«El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que a continuación se relacionan:

c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges».

Asimismo, los ascendientes siguen teniendo reconocido el Derecho a Residir (artículo 3.1) y son excluidos del acceso a cualquier actividad lucrativa (artículo 3.2).

Después de lo expuesto, y antes de entrar a valorar la nueva regulación dada por el RD 240/2007 al Régimen Comunitario, pueden realizarse dos conclusiones básicas.

En primer lugar, desde el RD 1099/1986 hasta el RD 178/2003, la figura del ascendiente ha sido inseparable e indivisible del Régimen Comunitario. Los preceptos citados así lo corroboran, y ello al amparo siempre del Derecho de la UE.

En segundo lugar, que el estatus jurídico de los ascendientes durante todo este período ha estado compuesto del Derecho a Residir, estando excluidos en todo momento del Derecho a desarrollar cualquier actividad lucrativa, por imperativo directo del artículo 2.2 de la Directiva 90/364/CEE, derecho reconocido no obstante al resto de familiares.

(9) BOE núm. 274, de fecha 15 de noviembre de 1997.

(10) BOE núm. 46, de fecha 22 de febrero de 2003.

(11) Principalmente, el RD 178/2003 reconocía de manera expresa el Acuerdo sobre la Libre Circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, de fecha 21 de junio de 1999, y que entró en vigor en fecha 1 de junio de 2002, según el cual los nacionales suizos pasaban a tener el mismo tratamiento en pie de igualdad que el resto de nacionales de los Estados miembros de la UE y del AEEE. Otro aspecto destacado, según aclara la Exposición de Motivos, fue la necesidad de ser «coherente con los artículos 17 y 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativos a la ciudadanía de la Unión, así como a los derechos y principios inherentes a la misma».

II. RÉGIMEN COMUNITARIO ACTUAL: LOS ASCENDIENTES DE CIUDADANO ESPAÑOL O DE SU CÓNYUGE EN EL RD 240/2007

En fecha 28 de febrero de 2007 fue publicado en el BOE¹² 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, derogando así el RD 178/2003. El RD 240/2007 destacará por suponer un punto de inflexión, un antes y un después en el estatus jurídico de los ascendientes, afectando de manera especial a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge.

Puede afirmarse que el RD 240/2007 fundamenta prácticamente la totalidad de la regeneración del Régimen Comunitario en la «transposición», con evidente retraso, todo sea dicho¹³, de la Directiva 2004/38/CE¹⁴. Esta nueva Directiva, como su propio nombre indica, vino a derogar el elenco de directivas existentes hasta el momento en este ámbito y a modificar el Reglamento CEE núm. 1612/68, originadoras todas de los anteriores reglamentos reguladores del Régimen Comunitario. De conformidad con ello y centrándonos en la posición que ocuparán los ascendientes en esta nueva regulación del Régimen Comunitario, encontramos en el RD 240/2007 dos aspectos diferenciadores del resto de reales decretos existentes hasta el momento, y que vienen a romper totalmente con la concepción de los ascendientes como beneficiarios del Régimen Comunitario, especialmente por lo que respecta a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge. Así, el artículo 2.d) del RD 240/2007 regula la posición de los ascendientes de la siguiente manera:

«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:

d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada¹⁵ que vivan a su cargo...».

(12) BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007.

(13) Es necesario recordar que la transposición de la Directiva 2004/38/CE al Ordenamiento Jurídico español, prevista a más tardar para el día 30 de abril de 2006 por su artículo 40, se llevó a cabo prácticamente un año de retraso.

Para una exposición más extensa, puede consultarse INFANTE DOMÍNGUEZ, M. y PEÑA PÉREZ, A.: «Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: Incumplimiento de España al restringir el Derecho a trabajar de los ascendientes y descendientes mayores de 21 años beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 15, 2007, pp. 49-51.

(14) Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al Derecho de los Ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a Circular y Residir Libremente en el territorio de los Estados Miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

(15) Es necesario matizar, bien conocido por todos, que a fecha de hoy, corroborando las claras deficiencias que imperan en el Derecho de Extranjería en España (que bien podría denominarse como chapuza en algunos extremos), el supuesto de pareja registrada análoga a la conyugal se encuentra prácticamente sin estrenar. Obviando ciertos supuestos de determinados Estados miembros (casos de Alemania, Francia, Reino Unido, Chequia, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Luxemburgo o Suecia) habilitados por medio de la Instrucción DGI/SGI/03/2007, actualmente y después de casi 3 años desde la aparición del RD 240/2007, y casi 6 años desde la publicación de la Directiva 2004/38/CE en el *DOUE*, seguimos a la espera de un Registro nacional de Parejas de Hecho que de una vez por todas solucione un problema que tiene visos de no encontrar respuesta satisfactoria a corto plazo. No obstante, como bien señala el sabio refranero popular, la esperanza es lo último

De este primer precepto se desprende que, en contra de lo que se impusiera con el RD 766/1992 seguido del RD 178/2003, los familiares de ciudadano español o de su cónyuge quedan relegados del texto básico del RD 240/2007, quedando su reseña a una disposición final mediante la cual se pretende la modificación del RD 2393/2004, reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su Integración Social. Y he aquí lo más significativo de esta nueva regulación, que no es otra cosa que la exclusión de los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge del Régimen Comunitario por primera vez en la historia desde su aparición en 1986 en del Derecho de Extranjería español, y con ello de ese Régimen privilegiado del Derecho de Extranjería.

El segundo de los objetivos a tratar viene referido al estatus propio de todo ascendiente beneficiario del Régimen Comunitario. Además del común reconocimiento del Derecho a residir, plasmado en el artículo 3.1 del RD 240/2007, a diferencia del resto de normativas precedentes, que impedían el desarrollo de cualquier actividad lucrativa de todo ascendiente, el RD 240/2007 impuso dicha prohibición *motu proprio* en su artículo 3.2, desoyendo y contradiciendo el contenido de la Directiva 2004/38/CE, reconocedor por primera vez de ese Derecho para los ascendientes.

Por lo tanto, la restricción del Derecho legítimo a poder desempeñar cualquier actividad lucrativa de todo ascendiente beneficiario del Régimen Comunitario, por un lado, y la exclusión de los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge del RD 240/2007, y por tanto del Régimen Comunitario, por otro, conforman los dos puntos clave del presente trabajo, los cuales pasaremos a desarrollar a continuación.

A) Derecho a trabajar de los ascendientes: incumplimiento por parte de España de la Directiva 2004/38/CE¹⁶

El primero de los objetivos a tratar es la restricción que han sufrido los ascendientes beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE del Derecho a trabajar, reconocido por ésta a todo familiar contemplado en su articulado. Efectivamente, según dispone la Directiva 2004/38/CE, en su artículo 2.2.d) se preceptúa que:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

2) “Miembro de la familia”:

d) *los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)*».

que se pierde... Por esta razón, y hasta nuevas noticias, se omitirá en todo momento cualquier referencia a ascendiente de pareja registrada análoga a la conyugal.

(16) El presente epígrafe está basado en el apartado «II. B.- Incumplimiento en cuanto al contenido de la transposición» de INFANTE DOMÍNGUEZ, M. y PEÑA PÉREZ, A.: «Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: Incumplimiento de España al restringir el Derecho a trabajar de los ascendientes y descendientes mayores de 21 años beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 15, 2007, pp. 51-57.

No obstante, del texto ha sido excluida toda referencia a la situación de los descendientes mayores de 21 años y se han reelaborado aquellos aspectos acordes con la investigación realizada para la elaboración de este trabajo.

En relación con dicho precepto, el artículo 3.1 de la misma Directiva establece que:

«La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él».

De ambos preceptos se deduce que, a efectos de la presente Directiva, se considera claramente como familiar, entre otros, a todo ascendiente a cargo de ciudadanos de la UE, siempre y cuando cumplan el requisito básico de estar «a su cargo». De conformidad con ello y teniendo por transpuesta la Directiva a través del RD 240/2007, su artículo 2.d) establece que:

«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:

d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo...».

Puesto de relieve el supuesto mencionado, es necesario recordar que la propia Directiva 2004/38/CE reconoce el Derecho de Circulación y Residencia de todo familiar de ciudadano de la Unión en los términos contenidos en aquella de forma libre, quedando taxativamente prohibida cualquier discriminación en el ejercicio de este Derecho¹⁷, tomando como expresión máxima de ello el contenido del propio artículo 24.1 de la Directiva 2004/38/CE.

Conforme a estos principios rectores de la Directiva 2004/38/CE, cabe poner en relación el artículo 23, de trascendental importancia y que literalmente preceptúa que:

«Los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, independientemente de su nacionalidad, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente en un Estado miembro, *tendrán derecho a trabajar por cuenta propia o ajena*».

Como primera conclusión, vemos cómo el precepto citado habla de «miembros de la familia» que sean «beneficiarios», dentro de cuyos supuestos se encuentran, por tanto, los ascendientes a cargo de los artículos 2.2 de la Directiva 2004/38/CE y 2.d) del RD 240/2007. A ellos la Directiva 2004/38/CE les reconoce claramente ese «derecho a trabajar por cuenta propia o ajena». Hablamos, por tanto, de un Derecho reconocido a cualquier familiar beneficiario de la Directiva 2004/38/CE, sin que se limite su reconocimiento a condición o prerrogativa alguna. Es aquí donde el legislador español coarta, restringe, hurta de manera flagrante este Derecho a trabajar a los ascendientes dentro del Régimen Comunitario. En efecto, el artículo 3.2 del RD 240/2007 estipula que:

«2. Asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto, exceptuando a los descendientes mayores de veintiún 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...».

(17) Ver Considerandos 5 y 20 de la Directiva 2004/38/CE.

Estatus jurídico de los ascendientes en el actual régimen comunitario

III

Excepto «los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d) del presente real decreto». ¿De dónde nace esa limitación de Derechos? ¿Qué hace pensar a España que puede decidir a su libre albedrío qué derechos considera que puede reconocer o dejar sin plasmación respecto a los contenidos en la Directiva 2004/38/CE? ¿Qué legitimidad tiene España para ignorar el contenido de la Directiva 2004/38/CE y decidir qué aspectos de ésta decide transponer o no? Los argumentos esgrimidos por el legislador respecto a dicha limitación son débiles y caen por su propio peso.

En efecto, el Estado español, defendiendo la limitación impuesta, mantuvo en su Dictamen del Consejo de Estado¹⁸ en el que se estudió el proyecto de lo que sería el RD 240/2007, lo siguiente: «Es precisamente esa situación de dependencia financiera e, incluso, en ocasiones, física, la que justifica la inclusión de aquellos parientes en el ámbito de la Directiva. Esa situación se predica directamente de [...] los ascendientes directos, se vincula al hecho de que vivan a cargo del ciudadano comunitario», concluyendo que «... se excluye a tales parientes a cargo de la posibilidad de acceso a cualquier actividad, prestación de servicios o estudios, precisamente por razón de su situación de dependencia»¹⁹.

Es preceptivo recordar que la Directiva 2004/38/CE en ningún momento condiciona que el reconocimiento del Derecho a trabajar se supedita a que los ascendientes beneficiarios de ésta dejen de vivir a cargo. Sucede todo lo contrario, la propia Directiva, conociendo el requisito de vivir a cargo, reconoce un plus en los Derechos de los familiares beneficiarios otorgándoles ese Derecho a trabajar que complementa el Derecho a residir inicial que mantenían las anteriores Directivas. Así de claro se expresa el artículo 23 de la directiva 2004/38 CE.

Por el contrario, España ha optado por restringir este Derecho esencial, basándolo en débiles argumentaciones y criterios oportunistas de dependencia económica. Estas limitaciones no pueden tener cabida, más aún cuando en el propio Dictamen citado se defiende de manera hipócrita que en el RD 240/2007 «se proclama el principio de igualdad de trato con los ciudadanos españoles»²⁰. Supuesta igualdad que el RD 240/2007 reconoce a través del artículo 3.2, en primer lugar, por medio de la privación de un Derecho que sí ostentan los ciudadanos de este país, como es el Derecho a trabajar, reconocido por el artículo 35 de la Constitución. En segundo lugar, a través de un segundo párrafo que habría que considerar como un alarde de generosidad del legislador (o una limosna, según se mire), y que considera que:

«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».

(18) Dictamen del Consejo de Estado, de fecha 2 de noviembre de 2006, con núm. de Expediente 1829/2006, procedente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en referencia al asunto sobre el Proyecto de Real Decreto 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 AEEE. El Dictamen puede ser consultado íntegramente en el enlace http://www.icam.es/docs/ficheros/200407280017_6_6.pdf (última consulta realizada en fecha 11 de diciembre de 2009).

(19) Dictamen del Consejo de Estado, pp. 10-11.

(20) Dictamen del Consejo de Estado, p. 9.

En definitiva, se permite trabajar si no resulta imprescindible para vivir. No cabe otra conclusión: puedes trabajar siempre y cuando no desempeñes tu trabajo en las mismas condiciones en las que podría realizarlo cualquier nacional español o de la UE.

En tercer lugar, este párrafo termina la broma dando un giro más de tuerca, al decretar que:

«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».

¿Difícil de creer, verdad? Resulta que esa igualdad de trato respecto a los nacionales redundaba en que, para ejercer cualquier actividad lucrativa, los ascendientes a cargo pasan a ser considerados como cualquier extranjero, y en condición de tal deben solicitar, como paso previo a ejercer su Derecho a trabajar, una Autorización de Trabajo y Residencia a través del Régimen General de Extranjería, con las odiseas administrativas y burocráticas que ello conlleva. Cualquiera que se dedique al mundo del Derecho de Extranjería así lo reconocerá. Se pasa, por tanto, de un Derecho reconocido como esencial y legítimo en el estatus jurídico del concepto de familiar beneficiario otorgado por la Directiva 2004/38/CE y de inmediata aplicación, a una prerrogativa administrativa, que el Estado supedita a toda una previa tramitación administrativa, cuyo resultado final será, si la Administración «considera» que se cumplen los requisitos legales para ello, autorizar al titular de un Derecho legítimo a disponer de éste.

Visto lo visto, cabría preguntarse, ¿cuántos españoles tienen limitado el Derecho a trabajar? ¿Cuántos españoles o ciudadanos de la Unión están obligados a solicitar una Autorización de Trabajo como requisito imprescindible e insustituible para ejercer una actividad por cuenta ajena o propia? ¿Es esa la igualdad de trato respecto a los ciudadanos españoles o de la Unión que respalda España?

Hay que recordar que lo que se plantea es una deficiente transposición de la Directiva 2004/38/CE, la enajenación de un Derecho de carácter primario para los tiempos en los que vivimos. Si la propia UE no ha considerado oportuno restringir el Derecho a trabajar para los ascendientes a la hora de redactar el cuerpo normativo de la Directiva 2004/38/CE, la legitimidad esgrimida y torpemente asumida por España brilla por su ausencia. No hay que retroceder mucho en el tiempo para recordar que el Derecho a trabajar estuvo reconocido de manera parcial a los familiares de los nacionales de los Estados miembros. Así de claro lo disponía el artículo 2.2²¹ de la ya derogada Directiva 90/364/CEE. En este caso los ascendientes quedaron exentos de ese reconocimiento del Derecho a trabajar, y por ello el RD 178/2003, mediante su artículo 3.2²², realizó una eficaz transposición de ésta. En dicho momento nos encontrábamos, no ante una limitación impuesta por el RD 178/2003, sino que dicha limitación tenía su *leitmotiv* en la normativa europea. Limitación, no obstante, que no afectó a los descendientes, que compartían también la condición de estar a cargo, decisión que tomó libremente el legislador comunitario bajo su

(21) Artículo 2.2: «[...] El cónyuge y los hijos a cargo de un nacional de un Estado miembro que disfrute del derecho de residencia en el territorio de un Estado miembro tendrán derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia en todo el territorio de dicho Estado miembro...»

(22) Artículo 3.2: «Asimismo, estas personas, exceptuando las contempladas en el párrafo c del artículo 2, tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, en las mismas condiciones que los españoles...».

buen entender. Medida que no sólo se ha mantenido en la Directiva 2004/38/CE respecto a los descendientes a cargo, sino que además se ha ampliado a los ascendientes a cargo según se ha expuesto detalladamente.

Ante esta situación no cabe duda de la impropia manera de proceder de España a la hora de transponer la Directiva 2004/38/CE, comportamiento que, por otro lado, no resulta novedoso, siendo abundantes los ejemplos del incumplimiento por parte de España del Derecho de la Unión²³.

En virtud de todo lo expuesto, resulta manifiesto el incumplimiento por parte de España del «Derecho a trabajar por cuenta propia o ajena» reconocido por el artículo 23 de la Directiva 2004/38/CE en su ineficaz transposición al Ordenamiento Jurídico español por medio del artículo 3.2 del RD 240/2007.

B) Derecho a residir de los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge: ¿reagrupación familiar o desagrupación familiar?

Como se dijo en un inicio, la exclusión de los ascendientes de nacional español o de su cónyuge del Régimen Comunitario ha marcado un antes y un después en el estatus jurídico ostentado por éstos. Así es, por vez primera desde que existe el Régimen Comunitario en el Derecho de Extranjería español, el RD 240/2007 elimina a estos ascendientes del contenido de esta regulación privilegiada, siendo el motivo único y exclusivo el ser madres y padres de ciudadano español o de su cónyuge.

Como consecuencia de ello, este nuevo trato otorgado no sólo a los ascendientes, sino especialmente a los propios ciudadanos españoles, puede ser considerado a todas luces contrario a nuestra Constitución, vulnerando de forma flagrante el mandato constitucional del Derecho a la Igualdad previsto por el artículo 14, y derivado de éste, el Derecho a la Libertad de Residencia y Circulación del artículo 19.

En efecto, según se preceptúa en el artículo 2.d) del RD 240/2007:

«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:

d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge...».

En dicho precepto, a diferencia de las regulaciones anteriores, los ascendientes de españoles o de su cónyuge dejan de estar contemplados en él. Al contrario, son remitidos mediante la

(23) A modo de ejemplo cabe citar, en el ámbito de Derecho de Extranjería, entre otras, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, Sala Segunda, de fecha 14 de abril de 2005, Asunto C-157/03; Sala Quinta, de fecha 15 de noviembre de 2007, Asunto C-59/07; Sala Sexta, de fecha 14 de mayo de 2009, Asunto C-266/08, y Sala Quinta, de fecha 9 de julio de 2009, Asunto C-272/08.

disposición final 3.2.º, apartado 2²⁴ (en adelante DFT 2.2.º), a la normativa general de Derecho de Extranjería.

Como veremos más adelante, por medio de esta remisión el Estado español vino a degradar el estatus jurídico de estos ascendientes, de familiar de ciudadano de la Unión, no lo olvidemos, a simple y puro extranjero. En base a ello, y a raíz esta exclusión, es necesario recordar la doctrina pacífica del Tribunal Constitucional acerca de la clara delimitación del concepto del Principio de Igualdad. Así, en palabras del TC²⁵, «el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional», y queda más claro si cabe en la STC 34/2004, en cuyo FJ 3.º sentencia que «como ha puesto de manifiesto este Tribunal en reiteradas ocasiones, no toda desigualdad de trato supone una infracción del artículo 14 de la Constitución española, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable...».

En la exclusión de los ascendientes de español o de su cónyuge llevada a cabo por el RD 240/2007, se puede apreciar a simple vista que dichos elementos diferenciadores resultan carentes de cualquier «justificación objetiva y razonable». En efecto, la única conclusión que cabe realizar de la DFT 2.2.º es que no resulta de aplicación el RD 240/2007 para los «ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge» por el hecho único y exclusivo de serlos. Por ello, les será de aplicación la normativa general de Derecho de Extranjería, cosa que, sin embargo, no ocurre respecto al resto de ciudadanos de la UE y del AEEE, esto es, ciudadanos alemanes, austriacos, belgas, búlgaros, chipriotas, daneses, eslovacos, eslovenos, estonios, finlandeses, franceses, griegos, húngaros, irlandeses, italianos, letones, lituanos, luxemburgueses, malteses, holandeses, polacos, portugueses, ingleses, checos, rumanos, suecos, islandeses, noruegos, suizos y liechtensteinianos.

De ello se deriva también que el procedimiento previsto por el RD 240/2007 sea un procedimiento que resulta de aplicación a todos y cada uno de los familiares de ciudadanos de la UE y del AEEE, y que en la actualidad se niega a los propios ascendientes de un ciudadano español, siendo la única causa alegada por el legislador español la nacionalidad española de los descendientes de los interesados en el debate. Ni más, ni menos. Nos encontramos, por lo tanto, ante una remisión al Régimen General de Extranjería, vía de acceso regular a España que resulta de aplicación a cualquier extranjero, que, como resulta evidente, no puede ser de aplicación a

(24) DFT 2.2.º: «El Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, queda modificado como sigue:

[...] Dos. Se introduce una disposición adicional vigésima:

“Disposición adicional vigésima. Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

2. La reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge, se regirá por lo previsto en la sección 2.º del capítulo I del título IV del presente reglamento».

(25) Recogidas, entre otras, en la STC 134/1996, FJ 5; STC 117/1998, FJ 8; STC 46/1999, FJ 2; STC 200/1999, FJ 3; STC 200/2001, FJ 4; STC 214/2006, FJ 2; STC 154/2006, FJ 4, y STC 5/2007, FJ 1.

Estatus jurídico de los ascendientes en el actual régimen comunitario

III

los ciudadanos españoles cuando existe un trámite preferente, privilegiado y más beneficioso, previsto por el RD 240/2007.

Resulta asombroso, así como ridículo, que, por primera vez en la historia del Derecho de Extranjería, se haga a los ascendientes de un ciudadano español, y con ello al propio ciudadano español, de peor Derecho que al resto de extranjeros. Asombroso y ridículo. Sólo hay que acudir a los anteriores cuerpos normativos vistos ya para observar que dicha discriminación «anti-española» resulta fuera de lugar. En esta regulación previa al RD 240/2007, el trato dado a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge estaba en pie de igualdad respecto al resto de ascendientes de ciudadanos de la UE y del AEEE. O, siendo realistas con el sentido primero de todas y cada una de estas regulaciones, mediante ellas se pretendía más bien que el trato dado al resto de ascendientes de ciudadanos de la UE y del AEEE estuviera en pie de igualdad con el trato dado a nuestros ascendientes, aunque dicha igualdad debiera ser impuesta por el Tribunal Supremo²⁶. Desde entonces, el trato igualitario entre los ascendientes de ciudadanos comunitarios y ascendientes de ciudadanos españoles se consideraba ajeno a cualquier controversia.

Conforme a ello, la vulneración de los artículos 14 y 19 de la Constitución queda evidenciada, además, si se estudia de manera minuciosa el procedimiento y la normativa que debiera aplicarse, y la aplicada, a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge.

En efecto, si partimos de los requisitos exigidos por el RD 240/2007, se recogen en su artículo 8.3²⁷. Este procedimiento, que debiera ser aplicado a todo ascendiente de ciudadano español o de su cónyuge, se limita sencillamente a solicitar el acreditar el vínculo familiar y el hecho de que los ascendientes viven a su cargo, requiriendo solamente la demostración de medios de vida suficientes. En breves palabras, estamos por tanto ante un procedimiento que se inicia ante la propia Oficina de Extranjeros y que se resuelve de manera sencilla y rápida, sirviendo el simple resguardo de presentación y solicitud para poder permanecer en España de forma regular. Reiteramos que dicho procedimiento es el aplicado todos los ascendientes de ciudadanos de la UE y del AEEE.

(26) Recordemos que por Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 10 de junio de 2004, recurso núm. 60/2003, mencionada ya, se decretó que «la extensión a dichas personas 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 otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo así como a los españoles, como pone de manifiesto en su dictamen el Consejo de Estado. De ello se deduce que la solución aplicable a los familiares de los nacionales de otros Estados a los que se extiende el ámbito de aplicación del precepto impugnado, ha de ser la misma que la aplicable a los familiares, nacionales de terceros Estados, de los ciudadanos españoles, como prevé el Real Decreto».

(27) Artículo 8.3: «Junto con el impreso de solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, cumplimentado en el modelo oficial establecido al efecto, deberá presentarse la documentación siguiente:

- a) Pasaporte válido y en vigor del solicitante [...].
- b) Documentación acreditativa, en su caso debidamente traducida y apostillada o legalizada, de la existencia del vínculo familiar [...] que otorga derecho a la tarjeta.
- c) Certificado de registro del familiar ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo al que acompañan o con el que van a reunirse.
- d) Documentación acreditativa, en los supuestos en los que así se exija en el artículo 2 del presente real decreto, de que el solicitante de la tarjeta vive a cargo [...].
- e) Tres fotografías recientes en color, en fondo blanco, tamaño carné».

Sin embargo, al estudiar el procedimiento que se aplica a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge desde la aparición del RD 240/2007, es cuando nace la situación ridícula y absurda, y con ello la vulneración del artículo 14 de la Constitución. Así de claro resulta si se observan los requisitos exigidos para que un ciudadano español pueda ejercer el mismo Derecho antes expuesto para los ciudadanos de la UE y del AEEE, esto es, el Derecho a la Vida en Familia. Como ya se indicó, dicho procedimiento es el establecido, según la DFT 2.2.º, por los artículos 38 y ss. del RD 2393/2004. Si se estudia la normativa de remisión, se observará que se degrada el estatus jurídico de estos ascendientes, de familiar de ciudadano de la Unión beneficiario de los Derechos contenidos en el RD 240/2007, a un simple y puro extranjero. Concretamente es de destacar el artículo 39.d) del RD 2393/2004, que preceptúa que son reagrupables por un simple y puro extranjero:

«d) Sus ascendientes o los de su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España».

Por tanto, para la entrada en España bajo el estatus jurídico de Residencia Legal de estos extranjeros en los que han quedado incluidos los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge, a diferencia del sencillo trámite exigido por el RD 240/2007 para la obtención de una Tarjeta de Residente como familiar de ciudadano de la Unión, es necesario demostrar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 42.2²⁸ del RD 2393/2004.

No resulta complicado deducir que, a simple vista, los requisitos exigidos por este trámite resultan bastante más exigentes. En efecto, además del requisito común para ambos procedimientos, esto es, el acreditar el vínculo familiar, para poder ejercer el Derecho a la Reagrupación Familiar se reclaman otras exigencias que no se contemplan en el primer procedimiento. En primer lugar, se exige que los ascendientes «estén a su cargo». Si bien puede parecer similar al del otro procedimiento, ello resulta contrariamente opuesto a aquél. En el presente procedi-

(28) Artículo 42.2: «La solicitud, que deberá cumplimentarse en modelo oficial, deberá acompañarse de la siguiente documentación:

a) Copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad, y la dependencia legal y económica.

b) Copia del pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante en vigor.

c) Copia de la correspondiente autorización de residencia o residencia y trabajo, ya renovada, o, conjuntamente, de la primera autorización y del resguardo de solicitud de renovación.

d) *Acreditación de empleo y/o de recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social. Mediante orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta de los Ministros de Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, se determinará la cuantía de los medios de vida exigibles a estos efectos, así como el modo de acreditar su posesión, teniendo en cuenta el número de personas que pasarían a depender del solicitante a partir de la reagrupación.*

e) *Justificación documental que acredite la disponibilidad, por parte del reagrupante, de una vivienda adecuada para atender las necesidades del reagrupante y la familia.*

Este requisito deberá justificarse mediante informe expedido por la Corporación Local del lugar de residencia del reagrupante. [...].

Subsidiariamente, podrá justificarse este requisito presentando acta notarial mixta de presencia y manifestaciones [...].

En todo caso, el informe o acta notarial debe hacer referencia a los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias de la vivienda, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento».

Estatus jurídico de los ascendientes en el actual régimen comunitario

III

miento se exige el demostrar que durante el año inmediatamente anterior el ciudadano español ha estado remitiendo remesas monetarias a sus ascendientes en su país de origen, según se desprende del artículo 39.5.e) del RD 2393/2004²⁹. Este requisito, pues, en absoluto resulta equitativo al solicitado al resto de ascendientes de ciudadanos de la UE y del AEEE.

En segundo lugar, se requiere que se demuestre que «existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España». De nuevo, el exigir este tipo de prerrogativas a un ciudadano español para poder ejercer el Derecho a la Vida en Familia resulta cuando menos ridícula, cuando no desmedida e injusta. No basta con que el ciudadano español haya decidido ejercer dicho Derecho y pretenda que sus ascendientes o los de su cónyuge vengan a residir con él a su país, España, sino que además se debe justificar ante la Administración toda una serie de razones a considerar para poder ejercer su Derecho a la Vida en Familia. Pero ello seguiría siendo únicamente ridículo si no fuera porque al resto de ascendientes de ciudadanos de la UE y del AEEE dicho requisito ni por asomo se les exige.

Pero existen más requisitos aún. El ciudadano español debe demostrar documentalmente «la disponibilidad, [...] de una vivienda adecuada para atender las necesidades del reagrupante y la familia». Huelga decir que la discriminación respecto al ciudadano español al tener que certificar dicho extremo es más que manifiesta³⁰.

Después de observar ambos procedimientos, sólo cabe una única conclusión: todo ascendiente de ciudadano español o de su cónyuge, a diferencia de los ascendientes del resto de ciudadanos de la UE y del AEEE, es sometido a un procedimiento administrativo, el regulado en el RD 2393/2004, que cabe calificar como discriminatorio respecto al resto de ascendientes. Discriminación que, usando criterios del TC, no reviste «justificación objetiva y razonable», más allá del hecho de ser el «reagrupante» nacional español. Discriminación que tiene su origen al aplicar, según el TC, a dos supuestos jurídicos iguales, léase, ascendiente de ciudadano de la UE y del AEEE, y ascendiente de ciudadano español o de su cónyuge, consecuencias jurídicas distintas, es decir, a los

(29) Artículo 39.e): «Se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva».

Si bien es cierto que según establece la Instrucción DGI/SGI/03/2007, relativa al RD 240/2007, no resulta de aplicación el artículo 39.e) del RD 2393/2004, debiendo ser interpretada la normativa en este punto de forma favorable a la Reagrupación Familiar, más cierto es aún que si se consigue pasar el filtro de las distintas Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno, ello resulta diametralmente opuesto cuando uno se topa con la Embajada o Consulado españolas y su «especial criterio de interpretación» de la Instrucción DGI/SGI/03/2007 y del artículo 39.e) del RD 2393/2004.

(30) A todos estos requisitos hay que añadir dos nuevos aspectos *introducidos a última hora* por medio de la publicación en el BOE núm. 229, de fecha 12 de diciembre de 2009 de la LO 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. En ella se introducen como requisitos adicionales que los ascendientes «sean mayores de sesenta y cinco años» [artículo 17.1.d)] y que el reagrupante haya «obtenido la condición de residentes de larga duración» (artículo 17.3), condición que uno se cuestiona cómo puede ser de aplicación a un ciudadano español.

Bien es cierto que, según dispone la nueva disposición adicional segunda, titulada «Reagrupación familiar de ciudadanos españoles respecto a sus familiares nacionales de terceros países» se establece que «Reglamentariamente se podrán establecer condiciones especiales más favorables, respecto de las previstas en esta Ley, para la reagrupación familiar ejercida por los españoles».

Habrà que esperar a ver cómo evolucionan los acontecimientos para valorar cómo entiende el Gobierno, después de todo a lo que nos tiene acostumbrados y que claramente ha quedado expuesto en estas páginas, ese «podrá» y esas «condiciones especiales más favorables».

primeros el procedimiento regulado por el RD 240/2007, más sencillo, privilegiado y beneficioso, y a los segundos, el procedimiento regulado en el RD 2393/2004, cuyos exigentes requisitos han quedado expuestos. Y todo ello, basado única y exclusivamente en el hecho de diferenciar ambos procedimientos por el criterio único de ostentarse en uno u otro caso la nacionalidad española. Pero lo que resulta aún más absurdo y ridículo es el hecho de hacer al ciudadano español y a su cónyuge, y a sus ascendientes, de peor Derecho en España que a los nacionales de los Estados miembros de la UE y del AEEE y a sus ascendientes. Increíble pero cierto.

Dicho criterio de discriminación no justifica, en definitiva, criterio alguno que complementase esa distinción claramente inconstitucional. El TC se ha pronunciado ya al no permitir discriminaciones por razón de nacionalidad, pudiendo citarse, entre otras, la STC 5/2007, FJ 3.^o ³¹, que corrobora la STC 34/2004. No cabe duda, por tanto, que la diferenciación única de dos supuestos iguales por razón de nacionalidad resulta contraria al artículo 14 de la Constitución.

Pero dicha discriminación no termina ahí. Sigue ascendiendo si se tiene en cuenta que una hipotética concesión del Derecho a Residir a través del trámite de Reagrupación Familiar vía Régimen General está condicionada a la ulterior concesión del Visado de Residencia a favor de estos ascendientes por parte de la Oficina Consular española³². Es necesario recordar que dicho requisito, respecto a todo familiar de ciudadano de la Unión, resulta contrario al Acervo Comunitario y por cuya exigencia ya fuera condenada España por medio de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, Sala Segunda, de fecha 14 de abril de 2005, Asunto C-157/03³³.

Después de todo lo expuesto, sobran las dudas sobre el trato discriminatorio e inapropiado recibido por los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge desde la aprobación del RD 240/2007. No obstante, la discriminación denunciada no es solamente alegada por un servidor, sino que viene corroborada por otras Instituciones del Estado.

Así es, en primer lugar, dicha discriminación fue apuntada por el Dictamen del Consejo de Estado mencionado líneas arriba. En dicho documento se afirmaba que:

«Esta diferencia de régimen jurídico, de mayor rigor para los ciudadanos españoles, implica una situación menos favorable para éstos respecto de los comunitarios y nacionales de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el EEE que carece de justificación.»

(31) Afirma dicha Sentencia que «Conforme con reiterada doctrina constitucional, aunque en el ámbito laboral el principio de igualdad de trato puede quedar matizado como consecuencia de la vigencia del mencionado principio, resulta preciso que la diferencia de trato no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores (SSTC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2.^o, y 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3.^o, por ejemplo). Y, en este caso, no ha quedado justificado con la motivación adecuada que el trato retributivo distinto deparado a las recurrentes tenga un fundamento racional y ajeno a la circunstancia de su nacionalidad española...».

(32) A este respecto el artículo 42.6 del RD 2393/2004 dispone que «la autorización no desplegará sus efectos hasta que no se produzca la obtención del visado».

(33) Cabe destacar los apartados 37 y 38 de dicha Sentencia, los cuales concluían de manera abrumadora que:

«37. Por otra parte, el tipo de visado que exige la normativa española no figura entre los requisitos que establecen las Directivas 68/360, 73/148 y 90/365 para la expedición del permiso de residencia a los miembros de las familias de nacionales comunitarios.

38. Por tanto, la exigencia que establece la normativa española de disponer de un visado de residencia para la obtención de un permiso de residencia y la consiguiente denegación de dicho permiso a un nacional de un país tercero, que sea miembro de la familia de un nacional comunitario, por no haber solicitado previamente un visado de residencia en el consulado español de su último domicilio, son contrarias a lo dispuesto en las Directivas 68/360, 73/148 y 90/365 [...]».

Estatus jurídico de los ascendientes en el actual régimen comunitario

III

Por ello, se propone que el contenido del actual apartado cuarto de la nueva disposición adicional vigésima se acomode a lo que, para los ascendientes directos a cargo de ciudadanos comunitarios, establece el artículo 2 del Proyecto»³⁴.

Resulta irónico, como poco, que fuera el propio Dictamen el que, de manera originaria y auto-corrigiendo la potestad reglamentaria del ejecutivo, pusiera de relieve que mantener a estos ascendientes sometidos al RD 2393/2004, en vez de al RD 240/2007, implicaba, usando sus propias palabras «una situación menos favorable para éstos respecto de los comunitarios y nacionales de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el EEE que carece de justificación». Esa carencia de justificación es lo que el TC califica como discriminación susceptible de inconstitucionalidad por vulnerar el artículo 14 de la Constitución. La conclusión del Consejo de Estado habla por sí sola.

En segundo lugar, la Oficina del Defensor del Pueblo, por medio de su Recomendación núm. 104/2007, de fecha 6 de septiembre de 2007, recaída en su Queja núm. 07015567³⁵, vino también a compartir los criterios expuestos hasta ahora. En concreto, dicha Institución recomendó expresamente al Gobierno español «Que promueva la modificación del RD 240/2007 para dejar sin efecto el apartado 2 de la disposición adicional vigésima del citado Real Decreto, disponiendo que la reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge, se regirá por lo previsto en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007».

En virtud de lo expuesto hasta ahora, no cabe considerar que la remisión de estos ascendientes realizada al Régimen General de Extranjería en detrimento del Régimen Comunitario pueda ser considerada como acorde al mandato constitucional de no discriminación contenido en el artículo 14. Es más, podría incluso cuestionarse que dicha remisión resultara ser ilegal por contravenir la propia LO 4/2000. En efecto, mediante la DFT 2.2.º se realiza la remisión de estos ascendientes al trámite de «reagrupación familiar» según «lo previsto en la sección 2.ª del capítulo I del título IV del presente reglamento».

No hay que olvidar que la regulación del Derecho a la Reagrupación Familiar se encuentra amparada en los artículos 16 a 19 de la LO 4/2000. El RD 2393/2004 es meramente un instrumento de desarrollo y ejecución. Hay que partir igualmente del hecho de que el artículo 1 de la LO 4/2000, cuando delimita su ámbito de aplicación, se circunscribe a los ciudadanos extranjeros, definidos como aquellos que «carezcan de nacionalidad española». Como consecuencia de ello, en los preceptos relativos al procedimiento de Reagrupación Familiar se usan referencias tales como «Los *extranjeros residentes* tienen derecho a la vida en familia...» (artículo 16.1), «Los *extranjeros residentes* en España tienen derecho a reagrupar con ellos a...» (artículo 16.2), «El *extranjero residente* tiene derecho a reagrupar...» (artículo 17.1) o «Los *extranjeros* que deseen ejercer este derecho deberán solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de...» (artículo 18.1). No permite interpretación en contra el hecho de que la LO 4/2000, de aplicación a los extranjeros, prevé un procedimiento de Reagrupación Familiar, a favor de los «extranjeros residentes», en el que se encuentran legitimados para su inicio los propios «extranjeros residentes». Por tanto, la LO 4/2000, y más concretamente los artículos 16 a 19

(34) Dictamen del Consejo de Estado, pp. 15-16.

(35) Esta Recomendación de la Oficina del Defensor del Pueblo puede ser consultada íntegramente en el enlace <http://www.defensordelpueblo.es/ABSYS/AomCli.exe?MLKOB=4719255858> (última consulta realizada en fecha 11 de diciembre de 2009).

reguladores de la Reagrupación Familiar, nunca han dado cobertura legal a los ciudadanos españoles, y siguen sin hacerlo al día de hoy.

Como consecuencia de ello, si la intención del legislador fue la de incluir a estos ascendientes de ciudadano español dentro del ámbito de aplicación de la LO 4/2000, por tener que ser, de conformidad con sus artículos 16 a 19, los ciudadanos españoles los titulares del Derecho a la Reagrupación Familiar y con ello los interesados legítimos para incoar el preceptivo Expediente Administrativo, el legislador tuvo entonces que modificar la LO 4/2000, y no su reglamento de ejecución³⁶. Como consecuencia de ello, la reforma fraguada por la DFT 2.2.º debería ser considerada como ilegal por contradecir a la LO 4/2000, la cual prevé su aplicación única y exclusivamente a los ciudadanos extranjeros, y nunca a los propios nacionales españoles.

En conclusión, de una forma u otra y aunque resulte ridículo e irrisorio, existen dos ideas claras que caen por su propio peso y que merece la pena recordar. En primer lugar, que la decisión tomada por el legislador y fraguada en el texto del RD 240/2007 hace de peor Derecho, por vez primera en la historia del Derecho de Extranjería, al ciudadano español que pretende ejercer el Derecho a la Vida en Familia junto con sus ascendientes o los de su cónyuge, en detrimento de un estatus más privilegiado para ejercer dicho Derecho que sí se reconoce y ostentan el resto de ciudadanos de la UE y del AEEE. En segundo lugar, que dicha regulación produce una situación de discriminación sustentada única y exclusivamente en la ostentación de la nacionalidad española como hándicap para poder ejercer el Derecho a la Vida en Familia, resultando incompatible con el contenido esencial del artículo 14 de la Constitución, produciendo con ello una clara contradicción entre una norma jerárquicamente inferior, como es un simple Real Decreto, y la norma suprema del Ordenamiento Jurídico español como es la Constitución (además de la posible ilegalidad por contravenir la propia Ley de Extranjería).

III. SITUACIÓN ACTUAL DEL RD 240/2007: ACOSO Y DERRIBO

Llegados a este punto, merece la pena realizar una breve mención sobre la posición, insostenible a mi modo de ver, del RD 240/2007. Además del cuestionamiento previo realizado por el Dictamen del Consejo de Estado, y *a posteriori* por parte del Defensor del Pueblo, ya vistos, existen más ejemplos de esa disidencia respecto al RD 240/2007.

En primer lugar, y a nivel nacional, cabe destacar la Cuestión de Legalidad interpuesta contra el RD 240/2007 y todavía pendiente ante el Tribunal Supremo³⁷. Éste fundamenta su pretensión

(36) Esta situación parece que se ha «enmendado» con la entrada en vigor de la LO 2/2009 y con la existencia de la nueva disposición adicional segunda. No obstante, bajo mi punto de vista, cabe calificar dicha mención como superflua, carente de contenido y totalmente dependiente de un posible desarrollo reglamentario que habrá que ver cómo se deja sentir (ver también Nota 29).

No obstante, esta nueva regulación en ningún momento subsana la vulneración de los artículos 14 y 19 de la Constitución, sino que únicamente blindo la exclusión estudiada respecto a la palmaria ilegalidad por contradicción de la Ley Orgánica de Extranjería.

(37) Puede consultarse el texto completo del Recurso Contencioso-Administrativo en la web de Extranjería del REICAZ en el siguiente enlace:

<http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=1746> (última consulta realizada en fecha 11 de diciembre de 2009).

Estatus jurídico de los ascendientes en el actual régimen comunitario

III

en la evidente contradicción existente entre el contenido de la Directiva 2004/38/CE y la presunta transposición realizada por medio del RD 240/2007, y defiende la ilegalidad de determinados preceptos, entre los que se encuentran los estudiados en estas páginas, esto es, el artículo 3.2 y la DFT 2.2.º del RD 240/2007. Esta vía, pero en su modalidad indirecta, fue por la que apostaron también dos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que llegaron a promover sendas Cuestiones de Ilegalidad contra la DFT 2.2.º del RD 240/2007³⁸.

En el ámbito de la UE destaca el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, relativa al Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, de fecha 10 de diciembre de 2008³⁹. Éste contiene una visión global sobre la forma en la que los Estados miembros han transpuesto a sus Ordenamientos Jurídicos la Directiva 2004/38/CE, considerándola como «bastante decepcionante»⁴⁰. Dicho Informe efectúa afirmaciones tan sorprendentes como que «Ni un solo Estado miembro ha incorporado la Directiva efectiva y correctamente en su totalidad», o que «Ni un solo artículo de la Directiva ha sido incorporado efectiva y correctamente por todos los Estados miembros»⁴¹.

Por lo que a España respecta, la Comisión considera en dicho Informe que el RD 240/2007 incumple la Directiva 2004/38/CE en lo que se refiere a la correcta incorporación al Derecho interno de los supuestos de otros familiares contenidos en el artículo 3.2 de la Directiva 2004/38/CE, así como la falta de previsión de un mecanismo de exención de Visado para aquellos familiares que ya sean titulares de una Tarjeta de Residencia expedida en otro Estado miembro⁴².

En tercer lugar, y a caballo entre la Cuestión de Ilegalidad y el Informe de la Comisión, cabe destacar también la Denuncia interpuesta contra España por quien suscribe y la abogada Mercedes INFANTE DOMÍNGUEZ, integrantes del Servicio Jurídico de la Asociación CARDIJN, en fecha 27 de noviembre de 2007, ante la Comisión Europea, por incumplimiento del Derecho de la UE en la transposición al Ordenamiento Jurídico español de la Directiva 2004/38/CE por medio del RD 240/2007. En concreto se alegaba la vulneración de los artículos 3.1 y 23 referentes al Derecho a trabajar de los ascendientes (y descendientes mayores de 21 años) a cargo, por un lado, y por el otro de los artículos 5.2 y 24 respecto a la exclusión de los mismos ascendientes como beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE.

(38) Concretamente la SJCA núm. 1 de Palma de Mallorca, de fecha 4 de septiembre de 2007, P.A. 134/2007, desgraciadamente revocada en apelación por parte del TSJ de Illes Balears, en Sentencia de fecha 22 de abril de 2008, R.A. 456/2007, dejando sin efectos la potencial Cuestión de ilegalidad, y la SJCA núm. 1 de Lleida, de fecha 27 de noviembre de 2008, P.A. 9/2008, la cual se encuentra pendiente de resolver Recurso de Apelación. Ambas Sentencias pueden ser consultadas en la web de Extranjería de REICAZ en los enlaces <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/jurisprudencia/SJCATarjeta-ComCuestIlegalidad.pdf> y <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/jurisprudencia/SJCALerida.pdf>.

La Sentencia del TSJ de Illes Balears puede ser consultada en el enlace <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?accion=contentpdf&database=match=AN&reference=3466852&links=%22456/2007%22> (última consulta realizada en fecha 11 de diciembre de 2009).

(39) El Informe de la Comisión puede ser consultado íntegramente en el enlace <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0840:FIN:ES:PDF> (última consulta realizada en fecha 11 de diciembre de 2009).

(40) Informe de la Comisión, p. 4.

(41) Informe de la Comisión, p. 4.

(42) Ambos aspectos pueden encontrarse en el Informe de la Comisión, pp. 4-5.

Esta Denuncia fue contestada por la Comisión por medio de Escrito de fecha 19 de febrero de 2008⁴³, y resulta interesante ilustrar dicha contestación a ambos aspectos planteados por la Denuncia. En primer lugar, dando respuesta a la vulneración de los artículos 3.1 y 23 de la Directiva 2004/38/CE, la Comisión vino a concluir que:

«La Directiva 2004/38 prevé en su artículo 23 que los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, independientemente de su nacionalidad, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente en un Estado miembro, tendrán derecho a trabajar por cuenta propia o ajena.

Como Ustedes señalan correctamente, contrariamente al derecho comunitario aplicable con anterioridad a la Directiva 2004/38 (artículo 11 del Reglamento 1612/68, modificado por la Directiva 2004/38 y artículo 2 de las Directivas 90/364, 90/365 y 93/96 remplazadas por la Directiva 2004/38) que sólo acordaba el derecho a trabajar al cónyuge y a los descendientes menores de 21 años o a cargo, el artículo 23 de la Directiva 2004/38 no establece dicha limitación. La exclusión del derecho a trabajar de dichos miembros de la familia es pues, a primera vista, contraria a la Directiva 2004/38. También parece contrario a la Directiva que la finalización de la condición de familiar a cargo excluya al miembro de la familia de la normativa aplicable a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión en virtud de la Directiva»⁴⁴.

No cabe, por lo tanto, duda alguna sobre la disconformidad a Derecho del RD 240/2007 en este aspecto. No obstante, la Comisión va más allá y llega incluso a considerar como contraria a la Directiva 2004/38/CE que «la finalización de la condición de familiar a cargo excluya al miembro de la familia de la normativa aplicable a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión en virtud de la Directiva»⁴⁵.

Por lo que respecta al segundo punto de la Denuncia, la respuesta no resultó tan satisfactoria como hubiera sido de desear. La Comisión consideró, respecto al incumplimiento de los artículos 5.2 y 25 de la Directiva 2004/38/CE, que:

«Debo aclarar que la Directiva 2004/38/CE se aplica a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión *que residen o viajan en/a un Estado miembro distinto del suyo*⁴⁶ y no de las personas que residen en el mismo país del que son nacionales. La Directiva le es aplicable a los nacionales españoles sólo cuando viajan a o residen a otro Estado miembro del que son nacionales. En este caso es el derecho nacional el que se aplica.

España, de forma voluntaria, ha extendido los derechos previstos en la Directiva a los nacionales españoles a través de la Disposición final Tercera, Dos del Real Decreto 240/2007 sobre entrada, libre circulación de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que transpone la Directiva.

(43) Este documento puede ser consultado íntegramente en el siguiente enlace de la web del Extranjería del REICAZ: <http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=1546> (última consulta realizada en fecha 11 de diciembre de 2009).

(44) Respuesta de la Comisión, p. 2.

(45) Actualmente, según Escrito de fecha 18 de noviembre de 2009, la Denuncia se encuentra pendiente de «reunión bilateral con las autoridades españolas en la que se analizarán todas aquellas cuestiones consideradas problemáticas. La incorporación a la legislación nacional del artículo 23 de la Directiva también se analizará en esa reunión».

(46) Subrayado de la propia Comisión Europea.

Estatus jurídico de los ascendientes en el actual régimen comunitario

III

Tengan en cuenta, no obstante, que dicha extensión del régimen comunitario a los familiares de españoles que residen en España es una decisión unilateral de España que no obliga a los demás Estados miembros ya que no cae en el ámbito de aplicación del derecho comunitario.

Por ello, la aplicación del régimen de extranjería a la reagrupación familiar de los ascendientes directos de nacionales españoles o de sus cónyuges no es contraria a la Directiva»⁴⁷.

Contestando a la Comisión, cabe entender, en primer lugar, que la circunscripción de la Directiva 2004/38/CE al supuesto único de libre circulación y residencia de un Ciudadano de la UE a otro Estado miembro del que no es nacional choca frontalmente con la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la UE. En efecto, cabe citar, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de fecha 11 de julio de 2002, Asunto C-60/00⁴⁸, de fecha 23 de septiembre de 2003, Asunto C-109/01⁴⁹, y de fecha 11 de diciembre de 2007, Asunto C-291/05⁵⁰.

No compartiendo el criterio mantenido por la Comisión Europea, y teniendo como respaldo la jurisprudencia citada, merece la pena analizar asimismo la afirmación vertida en el Escrito de contestación al declarar que la «extensión del régimen comunitario a los familiares de españoles que residen en España es una decisión unilateral de España [...] Por ello, la aplicación del régimen de extranjería a la reagrupación familiar de los ascendientes directos de nacionales españoles o de sus cónyuges no es contraria a la Directiva».

En efecto, si seguimos las conclusiones expuestas por la Comisión, es cierto que bajo este punto de vista España ha respetado en este extremo el contenido de la Directiva 2004/38/CE. No obstante, siguiendo estas premisas, la exclusión del ascendiente de español o de su cónyuge del Régimen Comunitario sigue siendo discriminatoria y atenta claramente contra el artículo 14 de la Constitución. Sin embargo, siendo actualmente, y habiéndolo sido entonces desde un

(47) Respuesta de la Comisión, p. 3.

(48) Su apartado 23 consideró que «aunque las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento no pueden aplicarse a situaciones puramente internas a un Estado miembro, no es menos cierto que el alcance del artículo 52 del Tratado no puede interpretarse de manera que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario a los propios nacionales de un Estado miembro determinado cuando éstos, por su propio comportamiento, se encuentran, respecto del Estado miembro del que son originarios, en una situación equiparable a la de cualquier otro sujeto que goza de los derechos y de las libertades que garantiza el Tratado».

(49) Su apartado 54 dispuso que «Lo mismo cabe decir cuando el ciudadano de la Unión, casado con un nacional de un país tercero, regresa al Estado miembro del que es nacional para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena. Si su cónyuge dispone de un derecho de residencia válido en otro Estado miembro, se aplica el artículo 10 del Reglamento núm. 1612/68 a fin de no disuadir al ciudadano de la Unión de que ejerza su libertad de circulación regresando al Estado miembro del que es nacional. Si, por el contrario, su cónyuge no dispone ya de un derecho de residencia válido en otro Estado miembro, la falta de derechos, deducidos de dicho artículo 10, a instalarse con el ciudadano de la Unión no tiene efecto disuasorio a este respecto».

(50) Es de destacar el apartado segundo del Fallo de la Sentencia, el cual declara que «En el caso 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 en su versión modificada por el Reglamento núm. 2434/92, precepto que resulta aplicable por analogía, derecho a residir en el Estado miembro del que es nacional el trabajador, aun cuando éste no ejerza en él una actividad económica real y efectiva. El hecho de que un nacional de un Estado tercero que sea miembro de la familia de un trabajador comunitario no dispusiera, antes de residir en el Estado miembro en que el trabajador ejerció una actividad laboral, de un derecho de residencia basado en el Derecho nacional del Estado miembro del que es nacional el trabajador carece de incidencia a efectos de apreciar el derecho del nacional del Estado tercero a residir en el Estado del que es nacional el trabajador».

inicio, una prerrogativa de España la inclusión o no de los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge en el Régimen Comunitario, la primera conclusión que cabe realizar de la nueva regulación dada por el RD 240/2007 es la intención del Estado español de excluir flagrantemente a estos ascendientes del Régimen Comunitario, intención, no se olvide, que no ha tenido respecto al resto de familiares. En segundo lugar, habría que preguntarse el porqué de dicha decisión. ¿Qué es lo que ha podido cambiar desde la promulgación del RD 1099/1986 al actual RD 240/2007 para que ya no sea imprescindible para el disfrute del Derecho a la Vida en Familia que un ciudadano español o su cónyuge puedan tener a sus padres conviviendo con ellos en España? ¿Qué ha ocurrido en estos más de 20 años para que el legislador haya decidido que hay que tratar como puros extranjeros a los ascendientes de éstos, y con ellos a los propios nacionales como sujetos de peor Derecho en su propio país? ¿Por qué sus cónyuge, parejas de hecho y descendientes sí, y sus ascendientes ya no?

La verdad es que uno mira hacia atrás intentando buscar respuesta y se da cuenta de que, ciertamente, era algo raro ver a un ciudadano español intentando traer a sus ascendientes a vivir a España a través del Régimen Comunitario. Y ello principalmente por el hecho de que, por regla general, si uno era español, al fin y al cabo, se lo debía principalmente al hecho de que sus padres fueran previamente españoles. Bajo esta perspectiva se empieza a vislumbrar que este cambio en las intenciones del legislador no afectaba a todos los ciudadanos españoles por igual. En efecto, esta nueva regulación viene afectando, como regla general, a aquellos españoles cuyos padres son extranjeros, o, lo que es lo mismo, a ciudadanos que hoy son españoles pero que hasta hace unos años no lo eran. Nuevos españoles. Españoles nacionalizados.

Tratando de manera juiciosa esta posible causa motivadora de la mutilación del Régimen Comunitario existente desde 1986 por parte del RD 240/2007, cabría preguntarse si existen realmente fundamentos para realizar una afirmación de este tipo. Sí existen fundamentos, al menos, para afirmar sin que quepa lugar a error que en los últimos años los trámites de solicitud de nacionalidad española han sufrido un crecimiento exponencial. Existen fundamentos de sobra para afirmar igualmente que los procedimientos resueltos de forma favorable y mediante los cuales se ha concedido la nacionalidad española a ciudadanos extranjeros han seguido el mismo camino. De esta forma, tomando como base datos oficiales respecto al número de concesiones de nacionalidad española por residencia que recogen las estadísticas referentes a los últimos 15 años desde la aprobación del RD 240/2007, cabe realizar algunas conclusiones ciertamente interesantes⁵¹.

En primer lugar, en estos 15 años que van desde 1992 hasta el año 2007, el número de concesiones de nacionalidad española por residencia alcanza las 368.974 concesiones. De éstas, y tomando como referencia los últimos 4 años, que van desde la aprobación del RD 178/2003 a la nueva toma en consideración respecto a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge a través del RD 240/2007, nos encontramos con que en dicho período fueron concedidas 241.869 nacionalidades españolas, lo que representa el 65,55% del total. Quiere ello decir que, en el período de los últimos 15 años señalados, dos terceras partes de las nacionalidades concedidas por residencia corresponden tan sólo a los últimos 4 años.

(51) Han sido tomados como referencia los datos oficiales facilitados por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración a través de los Anuarios Estadísticos de Inmigración de los años 1992 a 2007 en relación al epígrafe «Concesiones de nacionalidad española por residencia» de cada uno de ellos. Pueden ser consultados en el enlace <http://extranjeros.mtas.es/es/InformacionEstadistica/Anuarios/> (última consulta realizada en fecha 11 de diciembre de 2009).

Estatus jurídico de los ascendientes en el actual régimen comunitario

III

Si tomamos como referencia estos números, los cuales han seguido creciendo en estos 2 años transcurridos desde 2007, nos encontramos con el fenómeno de un gran número de nuevos españoles que pudieran pretender ejercer el Derecho a la Vida en Familia junto con sus padres y que no existían años atrás. Un gran número de ascendientes que de otra forma no hubieran entrado y residido en España junto con sus hijos, pero que ahora, como ascendientes de nacional español y bajo el prisma jurídico del Régimen Comunitario tradicional, hubieran tenido cabida sin problema alguno.

De ser ésta la hipotética causa de la modificación sufrida en el actual Régimen Comunitario, nos encontraríamos con la grave situación creada por el propio Estado en la que se diferencia entre el Derecho a la Vida en Familia de los ciudadanos españoles según origen. En este supuesto, habría españoles de primera categoría, cuyos padres son ciudadanos españoles igualmente y que pueden ejercer sin limitación alguna el Derecho a la Vida en Familia, y españoles de segunda categoría, cuyo Derecho a la Vida en Familia se encuentra limitado por una deficiente regulación, cuyos ascendientes, nacionales de terceros Estados, no pueden entrar y residir en España junto con sus hijos con todas las garantías que el anterior Régimen Comunitario ofrecía. Españoles de segunda categoría entre los que se encuentran, no lo olvidemos, españoles de origen cuyos cónyuges pretenden ejercer el Derecho a la Vida en Familia, pero que además resultan ser de peor Derecho que cualquier otro ciudadano de la UE y del AEEE.

Quizás el legislador español fue cínicamente previsor respecto a este aspecto cuando decidió revisar y excluir a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge del Régimen Comunitario. Quizás pudo considerar que los ascendientes de esta masiva ola de nuevos españoles eran «efectos colaterales» no previstos ni deseados de los procedimientos de concesión de nacionalidad por residencia. Quizás pudo estimar incluso que estos ascendientes podrían ser una carga para las arcas y la sostenibilidad del Estado del Bienestar español. O quizás pueda un servidor estar equivocado, viendo gigantes donde sólo hay molinos de viento y estas conjeturas no tengan ni pies ni cabeza.

Lo que sí es cierto es que hoy en día los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge, lo que vienen a ser nuestros padres, tienen todas las trabas del mundo para poder entrar y residir en España junto con sus hijos en su propio país, muchas más trabas de las que tienen los padres de los ciudadanos alemanes, austriacos, belgas, búlgaros, chipriotas, daneses, eslovacos, eslovenos, estonios, finlandeses, franceses, griegos, húngaros, irlandeses, italianos, letones, lituanos, luxemburgueses, malteses, holandeses, polacos, portugueses, ingleses, checos, rumanos, suecos, islandeses, noruegos, suizos y liechtensteinianos.

IV. CONCLUSIONES

Después de todo lo expuesto, las conclusiones que cabe realizar son las siguientes:

- La promulgación del RD 240/2007 ha supuesto un enorme paso atrás en la regulación histórica del Régimen Comunitario, afectando de manera clara y primorosa a los ascendientes de ciudadano de la UE y del AEEE, en general, y a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge en particular.

A todos los ascendientes en general, ya que la restricción del Derecho a trabajar contenido en el artículo 23 de la Directiva 2004/38/CE por parte del RD 240/2007 debe ser considerada inad-

misible por afectar a un Derecho indivisible e inherente a la condición de familiar beneficiario de la Directiva.

A los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge de forma particular, ya que su exclusión, además de romper con la tradición del Régimen Comunitario existente hasta la fecha, produce una clara situación de discriminación respecto al ciudadano español haciéndolo de peor Derecho en su país que el resto de ciudadanos de la UE y del AEEE. Dicha situación vulnera gravemente el artículo 14 de la Constitución, provocando asimismo una figura indeseada de ciudadanos españoles de segunda categoría que no pueden disfrutar de manera plena del Derecho a la Vida en Familia en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos españoles, de primera categoría.

- Estas circunstancias son el condicionante de que el Régimen Comunitario existente en el Ordenamiento Jurídico español sea actualmente el origen de una situación de injusticia, tanto jurídica como social, que nos afecta y nos seguirá afectando de manera especial, tanto a nosotros, ciudadanos españoles, como a nuestros propios padres.

De cualquier modo, se mire como se mire, y se busquen las causas que se busquen, de lo que no cabe ninguna duda es de que la labor llevada a cabo por medio del RD 240/2007 respecto a los aspectos tratados en este trabajo sólo puede tener el siguiente calificativo: una auténtica equivocación y una inmensa aberración jurídica.

Dossier

*Las reformas en las leyes
de extranjería y asilo*

PASCUAL AGUELO NAVARRO

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

Director-Coordenador de la REDMEX

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Catedrático Acr. de Derecho Internacional Público y RRII en la Universidad de Zaragoza

Director Adjunto de la REDMEX

La reforma de la Ley de Extranjería. Una visión crítica desde los Derechos Humanos

(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)

SUMARIO

I. Introducción.

II. Causas y objetivos de la reforma. A) La incorporación de la doctrina constitucional. B) La transposición de las directivas europeas. C) La nueva realidad migratoria. D) El marco de derechos y libertades de los extranjeros. E) La canalización legal y ordenada de los flujos migratorios. F) El control de la inmigración irregular, la lucha contra la inmigración ilegal. G) Favorecer la integración de los inmigrantes. H) La adaptación a las nuevas competencias autonómicas en materia de permisos.

III. Modificaciones más importantes. A) Estructura. B) Modificaciones más importantes. a) Cuadro de modificaciones. b) El Título Preliminar. c) El Título I. d) El Título II. e) El Título III. f) El Título IV. g) Disposiciones adicionales de la LO 4/2000 reformadas, y adicionales y finales de la reforma.

IV. Hablemos de los Derechos Humanos de los inmigrantes.

V. ¿Era necesaria una reforma de la LOEX?

VI. ¿Era necesaria esta reforma de la LOEX? No, porque atenta contra Derechos Humanos de los inmigrantes.

VII. Un Derecho Migratorio Europeo y un Derecho Español de Extranjería cada vez más represivos.

VIII. Lo que debiera haber sido y no ha sido.

IX. Tres interrogantes de fondo.

X. Anexo: Artículos de la Ley de reforma que explícitamente invocan la necesidad de desarrollo reglamentario.

I. INTRODUCCIÓN

El 18 de noviembre de 2008 se hacía público el borrador de 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. Se trata de la cuarta reforma tras las modificaciones efectuadas por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre.

Un mes después, el día 19 de diciembre de 2008, el Consejo de Ministros aprobaba 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, que definitivamente se presentaría en el Congreso de los Diputados el día 26 de junio de 2009, previos informes del CGPJ y del Consejo de Estado, entre otros.

La tramitación se llevó a cabo por el procedimiento de urgencia de forma que la aprobación por el Pleno del Congreso se produjo el día 29 de octubre, por el Senado el 18 de noviembre y la aprobación definitiva tuvo lugar el día 26 de noviembre de 2009 (BOCG de 7 de diciembre de 2009).

La publicación en el BOE se realizó el día 12 de diciembre de 2009 y su entrada en vigor al día siguiente de su publicación.

Las modificaciones que se introducen afectan a todos sus títulos; nada menos que 50 de los 71 artículos de la Ley son revisados; introduciéndose nuevos artículos de nueva redacción. Es, por tanto, la más importante reforma de las realizadas tras la aprobación de la vigente Ley de Extranjería en el año 2000. Es cierto que varios de los preceptos modificados lo son mediante una mera mejora en su redacción lingüística o gramatical, sin afectar a su contenido, pero, en su conjunto, la reforma tiene una gran intensidad y es de mucho mayor calado del que aparentemente se ha venido transmitiendo.

II. CAUSAS Y OBJETIVOS DE LA REFORMA

La exposición de motivos del anteproyecto explicita las causas y objetivos de la reforma, que, de forma sintética, podemos resumir en las ocho siguientes: La incorporación de la doctrina constitucional; la transposición de las directivas europeas; la nueva realidad migratoria; el marco de derechos y libertades de los extranjeros; la canalización legal y ordenada de los flujos migratorios; el control de la inmigración irregular, la lucha contra la inmigración ilegal; el favorecimiento de la integración de los inmigrantes y la adaptación a las nuevas competencias autonómicas en materia de permisos.

A) La incorporación de la doctrina constitucional

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.

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

Al respecto, parece oportuno señalar que el texto definitivo no ha sido coherente con la doctrina del Tribunal Constitucional y no podrá evitar 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. Por ello, llamamos la atención sobre los preceptos reformados relativos a la regulación del derecho a la educación y el acceso a becas y ayudas; a nuestro entender el primero de los preceptos sigue incumpliendo el mandato del Tribunal Constitucional, discriminando a los extranjeros no residentes mayores de edad, obviando la vinculación entre educación e inclusión social.

B) La transposición de las directivas europeas

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 la 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).

- 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* de 30 de junio de 2009).

La necesaria adaptación al Derecho europeo no hubiera debido servir de pretexto para elaborar una regulación contradictoria con el régimen jurídico desarrollado por el Derecho judicial de extranjería en los últimos años en materia de arraigo social, régimen sancionador y normalización de los procedimientos administrativos de extranjería. Por el contrario, debiera haberse aprovechado el iter legislativo para profundizar en el camino trazado por esa notable jurisprudencia de nuestros tribunales. En nuestro criterio, ha sido, pues, una nueva ocasión perdida para aunar esfuerzos y construir un Derecho de extranjería sólido, jurídicamente razonable, basado en criterios y principios garantistas, firmes y coherentes, y siempre respetuoso con los Derechos Humanos de todos y todas.

C) La nueva realidad migratoria

En estos momentos resulta evidente la necesidad de adaptar la Ley Orgánica a la nueva realidad migratoria en España.

La necesidad de adaptación a la nueva realidad migratoria no puede confundirse con la simple coyuntura socioeconómica. Es indudable que una incide en la otra, pero no debe servir de justificación para desarrollar una política migratoria de cierre de fronteras o de inmigración cero. El diseño final adoptado en la LOEX vuelve a incidir en las viejas medidas de control frente a las medidas integradoras; por ello, mucho nos tememos que pueda augurarse un «corto recorrido» al texto aprobado ya que, en nuestra opinión, el reto, en la actualidad, de las políticas migratorias no es precisamente el control de las entradas o control de fronteras, pues de ello ya se está encargando la coyuntura socioeconómica; el verdadero desafío presente de las políticas migratorias está en la capacidad de las sociedades europeas para regular adecuadamente la llegada de personas y, principalmente, la convivencia entre personas de muy diferentes orígenes y procedencias geográficas y culturales, que se encuentran ya presentes en el territorio español y europeo, que en muchos casos permanecen desde hace años y han venido para quedarse.

D) El marco de derechos y libertades de los extranjeros

Era asimismo necesario establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantizase a todos y todas el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

No parece coherente con este objetivo el contenido del artículo 2 bis.e) de la Ley Reformadora 2009, que proclama la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones no para todas las personas, sino para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley.

De esta forma el texto no recoge de manera adecuada el fundamental principio de «igualdad y no discriminación», que, en nuestra opinión, debe vertebrar cualquier régimen de extranjería en un Estado de Derecho, respetuoso con los Derechos Humanos de todos. En nuestro criterio, el texto se halla excesivamente inclinado hacia la aplicación de conceptos meramente mercantilistas de las migraciones.

E) La canalización legal y ordenada de los flujos migratorios

En la actualidad, cualquier Estado de Derecho receptor de inmigrantes ha de mantener permanentemente el objetivo de canalizar de forma legal y ordenada los flujos migratorios. Para lograr dicho objetivo tal Estado debe tener en cuenta los parámetros inmediatos de la capacidad de acogida y las necesidades o, mejor, las posibilidades del mercado de trabajo.

Pero estos parámetros deben conjugarse no de forma exclusiva y excluyente. Por eso también deberán ser tenidos en cuenta otros criterios como su demografía y la cooperación internacional. En un mundo globalizado como el presente, habrá que contar asimismo con la solidaridad internacional y la cooperación al desarrollo.

Sin una aproximación global al fenómeno migratorio, nos tememos que cualquier política migratoria tenderá al fracaso más absoluto y no conseguirá una canalización legal y ordenada de los flujos migratorios. Buen ejemplo de lo que decimos lo podemos apreciar en nuestra propia experiencia más reciente.

F) El control de la inmigración irregular, la lucha contra la inmigración ilegal

El «control de la inmigración irregular» no es lo mismo que la «lucha contra la inmigración ilegal». Deberíamos ser muy rigurosos con los términos utilizados, si no queremos colocar en el punto de mira represivo al propio inmigrante, pues corremos el riesgo de equivocar el objetivo y perseguir a las víctimas en lugar de sancionar a los verdaderos culpables.

Se debería transmitir muy claramente que no es lo mismo «inmigración irregular» que «inmigración ilegal», como tampoco es lo mismo «facilitar» que «beneficiarse o traficar» con la inmigración irregular. Si no tenemos claras las diferencias entre ambas figuras, advertimos de ello desde este momento, podemos llegar a confundir la lucha contra la inmigración ilegal con la «lucha contra la inmigración», como en un *lapsus linguae*? lo convirtió el redactor del primer anteproyecto gubernamental (pág. 5, párrafo 4.º de la Exposición de Motivos).

En este sentido hubiera sido imprescindible la elaboración de un apartado de definiciones que aclarara sin ambigüedades la terminología conceptual de la LOEX. Los ejemplos de las directivas, que siempre incluyen un conjunto de definiciones «para los efectos de la presente Directiva», pueden servir.

G) Favorecer la integración de los inmigrantes

El Anteproyecto habla en el futuro artículo 2 bis.2.ºc) de la «integración social de los inmigrantes»; además, el artículo 2 ter se titula «integración de los inmigrantes». Según el párrafo 1 de este artículo 2 ter, se trata de «la plena integración, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas, sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley».

Siendo éste un aspecto esencial, no se alcanza a comprender el olvido del vigente Plan Estratégico de Inmigración y Ciudadanía, que no se menciona a lo largo del texto. Parece como si su «no mención» resultara intencionada.

Está bien citar el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, pero mejor todavía sería reivindicar los principios básicos del Plan Estratégico gubernamental: igualdad, ciudadanía e interculturalidad, que expresan una voluntad integradora basada en la igualdad en derechos y obligaciones y

el reforzamiento de la conciencia ciudadana de todas las personas que conviven en el territorio español en un marco de interacción sociocultural.

El Preámbulo definitivo de la Ley de reforma señala como principales objetivos «conseguir una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración de los inmigrantes legales mediante un equilibrio de derechos y deberes»¹. Nótese que, según el legislador, se trataría de integrar a los inmigrantes «legales», lo que quiere decir *a sensu contrario* que, en aberrante juicio del legislador español, existirían inmigrantes o personas «ilegales», y que respecto de éstas ninguna medida integradora sería preciso establecer.

Como venimos diciendo desde hace tiempo, NINGUNA PERSONA ES ILEGAL, aun cuando puedan serlo muchos de sus actos (ni siquiera todos). Por otro lado, no prever ninguna medida de integración para las personas en situación irregular constituye un evidente error, puesto que precisamente el gran reto que en estos momentos se plantea es, sin duda, el de ser capaces de abordar racional y razonablemente el creciente número de situaciones de irregularidad, tanto originarias como sobrevenidas.

Por otra parte, resulta imprescindible reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones de inmigrantes y con otras organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio, incluyendo entre ellas a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, en la definición y desarrollo de la política migratoria.

H) La adaptación a las nuevas competencias autonómicas en materia de permisos

La aprobación de los Estatutos de Autonomía exige la adaptación de la normativa a las nuevas competencias autonómicas. Esperemos que ello no suponga un aumento de la descoordinación entre las administraciones encargadas de gestionar el fenómeno migratorio. Mucho nos tememos que, sin un contrapeso unificador (o sea, claramente racionalizador) de la gestión administrativa en esta materia, se pueda provocar un mayor incremento de la ya desesperante inseguridad jurídica ahora existente.

III. MODIFICACIONES MÁS IMPORTANTES

A) Estructura

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que se reforma, mantiene su estructura articulada, que se integra en un:

- Título Preliminar, artículos 1 al 2 ter, dedicado a las Disposiciones Generales,
- Título I, artículos 3 al 24, dedicado a los derechos y libertades de los extranjeros,
- Título II, artículos 25 al 49, dedicado al régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros,
- Título III, artículos 50 al 66, dedicado a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador y

(1) Vid. Apartado II del Preámbulo *in fine*.

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

- Título IV, artículos 67 al 72, dedicado a la coordinación de los poderes públicos;
- nueve disposiciones adicionales,
- tres transitorias,
- una derogatoria y
- diez finales.

B) Modificaciones más importantes

En cuanto a las modificaciones más importantes podemos señalar:

a) Cuadro de modificaciones

Título Preliminar	
Artículo 2 bis	La Política inmigratoria
Artículo 2 ter	Integración de los inmigrantes

Título I	
Artículo 7	Derecho de reunión
Artículo 8	Libertad de asociación
Artículo 11	Libertad de sindicación y huelga
Artículo 13	Derechos en materia de vivienda
Artículos 17 a 19	Reagrupación familiar
Artículo 22.3	Asistencia jurídica gratuita

Título II	
Artículo 25.5	Registro de entradas y salidas
Artículo 27.6	Motivación de los visados
Artículo 31 bis	Residencia temporal y trabajo de mujeres víctimas de violencia de género
Artículo 32	Residencia de larga duración
Artículo 35	Menores no acompañados
Artículo 38.2 y 6	Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, renovación de autorizaciones
Artículo 59	Colaboración contra redes organizadas
Artículo 59 bis	Víctimas de la trata de seres humanos

Título III	
Artículo 53.2	También son infracciones graves
Artículos 57.4 y 58.2	Plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión
Artículo 62	Internamientos

Disposiciones	
Disposición adicional 1. ^a	Plazo máximo para resoluciones de expedientes y efecto del silencio
Disposición adicional 3. ^a	Lugares de presentación de las solicitudes y exigencia de comparecencia de persona
Disposición adicional 4. ^a	Inadmisión a trámite de solicitudes
Disposición adicional 5. ^a	Acceso a la información, colaboración entre Administraciones públicas y gestión informática de los procedimientos
Disposición adicional 9. ^a	Autorizaciones autonómicas de trabajo en origen
Disposición adicional 4. ^a (Reforma)	Modificación de la LO Poder Judicial (Jueces de vigilancia de los CIES)
Disposición adicional 5. ^a (Reforma)	Modificación de la Ley del Registro Civil (Nacionalidad por residencia)

b) El Título Preliminar

En el Título Preliminar se introducen dos nuevos artículos 2 bis y 2 ter, en los que se definen la política migratoria, en realidad la «inmigratoria», así como los principios y actuaciones en materia de integración de los inmigrantes.

«Artículo 2 bis. La Política inmigratoria.

Corresponde al Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.2.^a de la Constitución, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales.

Todas las Administraciones Públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a los siguientes principios:

la coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea;

la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo;

la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía;

la igualdad efectiva entre mujeres y hombres;

la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley;

la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes reconocen a todas las personas;

la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas;

la persecución de la trata de seres humanos;

la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social;

la promoción del diálogo y la colaboración con los países de origen y tránsito de inmigración, mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios, así como a fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación al desarrollo y codesarrollo.

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

El Estado garantizará el principio de solidaridad, consagrado en la Constitución, atendiendo a las especiales circunstancias de aquellos territorios en los que los flujos migratorios tengan una especial incidencia».

En esta dirección conviene no olvidar las palabras del portavoz del Grupo Parlamentario catalán en el Congreso de los Diputados, el Sr. CAMPUZANO I CANADÉS, que afirmaba el 26 de noviembre de 2009:

«Para Convergència i Unió, por otro lado, esta ley incorpora aspectos sustanciales importantes y muy remarcables. Hemos garantizado el pleno respeto al Estatuto de Autonomía de Cataluña que por primera vez introduce competencias para la Generalitat en materia migratoria. Hemos ampliado la capacidad de intervención de los gobiernos autonómicos en relación con los flujos migratorios, muy singularmente hemos reforzado las capacidades de Cataluña, de Andalucía y del País Vasco en esta materia y por primera vez se singularizan en relación con estas tres comunidades autónomas mayores capacidades de intervención» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 26 de noviembre de 2009, p. 19).

«Artículo 2 ter. Integración de los inmigrantes.

1. Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley.

2. Las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, en condiciones de igualdad de trato.

Especialmente, procurarán, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración.

3. La Administración General del Estado cooperará con las Comunidades Autónomas, las Ciudades de Ceuta y Melilla y los Ayuntamientos para la consecución de las finalidades descritas en el presente artículo, en el marco de un plan estratégico plurianual que incluirá entre sus objetivos atender a la integración de los menores extranjeros no acompañados. En todo caso, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos colaborarán y coordinarán sus acciones en este ámbito tomando como referencia sus respectivos planes de integración.

4. De conformidad con los criterios y prioridades del Plan Estratégico de Inmigración, el Gobierno y las Comunidades Autónomas acordarán en la Conferencia Sectorial de Inmigración programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes. Tales programas serán financiados con cargo a un fondo estatal para la integración de los inmigrantes, que se dotará anualmente, y que podrá incluir fórmulas de cofinanciación por parte de las Administraciones receptoras de las partidas del fondo».

El portavoz del Grupo Parlamentario catalán en el Congreso de los Diputados, el Sr. CAMPUZANO I CANADÉS, afirmaba el 26 de noviembre de 2009:

«Hemos incorporado por primera vez en la legislación española la idea de esfuerzo, de integración de la inmigración que responde a alguna de las corrientes de fondo que en el conjunto de países europeos con gobiernos de centro izquierda y con gobiernos de centro derecha se están impulsando que enfatizan la idea de que la integración exige reconocimiento de derechos, pero también compartir valores básicos y conocimiento de las lenguas que se hablan en nuestra sociedad» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 26 de noviembre de 2009, p. 19).

El portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, O. SECO REVILLA, afirmaba en esta dirección:

«El tercer complejo al que me quiero referir es el contrato de integración. Para el Grupo Socialista el instrumento fundamental de equilibrio de derechos y deberes no es ningún contrato; el instrumento fundamental del equilibrio es la ley, y sus mecanismos son el Fondo de Integración y el Plan de Integración, que también vienen en la ley. Está claro que para el Grupo Popular la diversidad no es un derecho como dice la declaración de la Unesco. Para el Grupo Popular la diversidad es algo a sofocar o a tolerar mientras los extraños adquieren las costumbres españolas. (Aplausos.)

Con todo, la gran brecha no está ahí entre ustedes y nosotros; como diría, Benedetti, una grieta que diariamente se ahonda. A lo largo de los trabajos de elaboración de la ley, los socialistas nos hemos propuesto que uno de los objetivos fundamentales sea favorecer la integración. Por el contrario, al Partido Popular no le ha faltado ocasión para la retórica xenófoba. (Rumores.) Sí, xenófoba. Cuando su portavoz en el Senado equipara la emigración irregular con la delincuencia, lean las actas, y subraya que no lo hace a título particular, sino recogiendo doctrina del Partido Popular, demuestra que ustedes, señorías del PP, han apostado por la fractura social y contra la convivencia y lo que es peor, siguen generando estereotipos de criminalización que son deplorables» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 26 de noviembre de 2009, p. 23).

c) El Título I

En el Título I se recoge, en primer término, el contenido de la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional. Destaca la nueva regulación de los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga, que podrán ejercerse sin ningún tipo de restricción.

Vid. Artículo 7 (Derecho de reunión); Artículo 8 (Libertad de asociación); (Artículo 11 Libertad de sindicación y huelga).

La redacción final del artículo 22, referido al derecho a la asistencia jurídica gratuita, tras las enmiendas introducidas en el Senado, pudiera salvar el contenido inconstitucional que presentaba el texto original:

Artículo 22.3. «En los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá la oportuna solicitud realizada en los términos previstos en las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita. La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen.

A los efectos previstos en este apartado, cuando el extranjero tuviera derecho a la asistencia jurídica gratuita y se encontrase fuera de España, la solicitud de la misma y, en su caso, la manifestación de la voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente».

Sin embargo, destacan, a nuestro juicio, en la nueva regulación los preceptos reformados relativos al **derecho a la educación y el acceso a becas y ayudas**, que, a nuestro entender, sigue incumpliendo el mandato del Tribunal Constitucional, discriminando a los extranjeros no residentes mayores de edad, obviando la vinculación entre educación e inclusión social:

Artículo 9.2. «Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas postobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles».

Es de lamentar que se haya aprovechado la adecuación del texto legal a la jurisprudencia constitucional respecto de algunos derechos para (en una especie de negativa balanza, que siempre se inclina contra el otro, el extranjero) cercenar el contenido de otros derechos; ello sucede sobre todo en los recortes al derecho a la reagrupación familiar, al acceso al padrón, a la vivienda, entre otros.

Vid. Artículo 6 (Participación pública); Artículo 13 (Derechos en materia de vivienda) y Artículos 17 a 19 (Reagrupación familiar).

También destaca en este título la nueva regulación que se da al derecho de **reagrupación familiar**; se incluye dentro del apartado de beneficiarios de la reagrupación a la pareja de análoga relación de afectividad y se facilita el acceso inmediato al trabajo a los familiares reagrupados. Por contra, la reforma limita la reagrupación de los ascendientes mayores de 65 años y sólo en el caso de residentes de larga duración. Tales requisitos no favorecen el marco familiar en que debe producirse la integración social de los extranjeros y, por otra parte, parecen contravenir el tenor de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación.

Artículo 17.4. «La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equiparará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España.

No podrá reagruparse a más de una persona con análoga relación de afectividad, aunque la ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares».

Artículo 18.1. «Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la reagrupación familiar cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial, con excepción de la reagrupación de los familiares contemplados en el artículo 17.1.d) [ascendientes mayores de 65 años] de esta Ley, que solamente podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración».

«Disposición adicional segunda. Reagrupación familiar de ciudadanos españoles respecto a sus familiares nacionales de terceros países.

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

Destacable es la modificación de los efectos de la reagrupación previstos en el artículo 19.1 en relación con el cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la mayoría de edad laboral; en ambos casos, la autorización de residencia por reagrupación familiar les habilita para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo.

Artículo 19.1. «La autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo».

d) El Título II

En el Título II se introducen también importantes modificaciones, la mayoría de ellas consecuencia de la transposición de las directivas europeas, destacando las que incorporan nuevas situaciones de los extranjeros, las que están orientadas a perfeccionar el estatuto de los residentes de larga duración, y aquellas por las que se establece la creación de un registro para controlar las entradas y salidas. El texto del proyecto consolida una política de inmigración que vincula la llegada de nuevos inmigrantes a las necesidades casi exclusivas del mercado de trabajo con el riesgo de desarrollar un «política de inmigración cero», reclamada desde los sectores europeos más regresivos:

Vid. Artículo 2 bis.b) «la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo».

Vid. Artículo 25.5. «La entrada en territorio nacional de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal».

Artículo 32. (Residencia de larga duración).

No puede olvidarse la exigencia de motivación de los visados de estancia y las ligeras flexibilizaciones en el régimen de inadmisiones a trámite, el acceso de las ONG a los centros de internamiento y la creación de un «Juzgado de Vigilancia» de estos centros.

Artículo 27.6. «La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, así como en el caso de visados de estancia o de tránsito. Si la denegación se debe a que el solicitante del visado está incluido en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1990, se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas por dicho Convenio. La resolución expresará los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos».

Vid. Disposición adicional cuarta.

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

Cabe destacar también el nuevo artículo referido a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, que les ofrece la posibilidad de obtener una autorización por circunstancias excepcionales y que pretende facilitar la denuncia de estos hechos. El establecimiento de mecanismos de protección en las situaciones de violencia de género, colaboración contra redes organizadas y, muy significativamente, la de las víctimas de trata de personas:

Artículo 31 bis. «Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género.

1. Las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.

2. Si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, el expediente administrativo sancionador incoado por infracción del artículo 53.1.a) de esta Ley será suspendido por el instructor hasta la resolución del procedimiento penal.

3. La mujer extranjera que se halle en la situación descrita en el apartado anterior, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal.

Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales podrá conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera. La autorización provisional eventualmente concedida concluirá en el momento en que se conceda o deniegue definitivamente la autorización por circunstancias excepcionales.

4. Cuando el procedimiento penal concluyera con una sentencia condenatoria, se notificará a la interesada la concesión de la residencia temporal y de trabajo solicitado. En el supuesto de que no se hubiera solicitado, se le informará de la posibilidad de conceder a su favor una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales otorgándole un plazo para su solicitud.

Cuando del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, continuará el expediente administrativo sancionador inicialmente suspendido».

Vid. Artículos 59 (Colaboración contra redes organizadas) y 59 bis (Víctimas de la trata de seres humanos).

El nuevo contenido del artículo 33 que incorpora el contenido de la Directiva del Consejo 2004/114/CE de 13 de diciembre de 2004 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.

Se regula con mayor nivel de concreción la situación nacional de empleo en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y se limitan las autorizaciones iniciales a una ocupación y ámbito territorial. La regulación de la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo y los supuestos de modificación de éstas.

Vid. Artículo 38.2 y 6:

«2. La situación nacional de empleo será determinada por el Servicio Público de Empleo Estatal con la información proporcionada por las Comunidades Autónomas y con aquella derivada de indicadores estadísticos oficiales y quedará plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura. Dicho catálogo contendrá una relación de empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadores extranjeros y será aprobado previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Igualmente, se entenderá que la situación nacional de empleo permite la contratación en ocupaciones no catalogadas cuando de la gestión de la oferta se concluya la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles.

Reglamentariamente se determinarán los requisitos mínimos para considerar que la gestión de la oferta de empleo es considerada suficiente a estos efectos».

«6. La autorización de residencia y trabajo se renovará a su expiración:

- a) Cuando persista o se renueve el contrato de trabajo que motivó su concesión inicial, o cuando se cuente con un nuevo contrato.
- b) Cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiera otorgado una prestación contributiva por desempleo.
- c) Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral.
- d) Cuando concurren otras circunstancias previstas reglamentariamente, en particular, los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de ser víctima de violencia de género».

Mención especial merecen las modificaciones que se realizan en relación a la integración de los **menores extranjeros no acompañados**, que propician un mejor tratamiento de la situación del menor, y que van, desde la posibilidad de su repatriación al país de origen, hasta garantizar, cuando ésta no resulte la respuesta idónea, las mejores condiciones para asegurar la plena integración de éstos en la sociedad española, que debe ser un objetivo expreso del conjunto de las políticas llevadas a cabo por las distintas Administraciones públicas. El reconocimiento de la capacidad de obrar de los menores no acompañados en los procedimientos de repatriación. No se ha alcanzado la regulación expresa del derecho de los menores no acompañados a la asistencia letrada en los procesos que puedan llevar a su «repatriación».

Vid. Artículo 35. (Menores no acompañados).

e) El Título III

En el Título III se contempla un importante **endurecimiento del régimen de infracciones y sanciones** regulando nuevas infracciones tales como las que afectan a los denominados matrimonios de conveniencia, la reagrupación familiar al margen de los cauces legalmente previstos o el falseamiento de los datos para el empadronamiento, así como el aumento de las sanciones económicas para todas las infracciones. Una incorrecta interpretación de las medidas de control de la inmigración irregular ha llevado a la incorporación de **nuevos supuestos sancionadores** que pueden percibirse como un paso más hacia la criminalización de las personas inmigrantes en situación irregular y su esfera sociofamiliar.

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

Artículo 53.2. «También son infracciones graves:

- a) No dar de alta, en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado, o no registrar el contrato de trabajo en las condiciones que sirvieron de base a la solicitud, cuando el empresario tenga constancia de que el trabajador se halla legalmente en España habilitado para el comienzo de la relación laboral. No obstante, estará exento de esta responsabilidad el empresario que comunique a las autoridades competentes la concurrencia de razones sobrevenidas que puedan poner en riesgo objetivo la viabilidad de la empresa o que, conforme a la legislación, impidan el inicio de dicha relación.
- b) 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.
- c) Promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización. Para graduar la sanción se tendrán en cuenta las circunstancias personales y familiares concurrentes.
- d) Consentir la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal por parte del titular de una vivienda habilitado para tal fin, cuando dicha vivienda no constituya el domicilio real del extranjero. Se incurrirá en una infracción por cada persona indebidamente inscrita».

Asimismo, se introducen determinadas modificaciones con el fin de dotar de mayor eficacia a las medidas de expulsión y devolución. Entre ellas destaca la ampliación del **plazo de internamiento**, que pasaría a los 60 días frente a los 40 que se aplican actualmente. La **ampliación de hasta 60 días**, un 50 por 100 más que en la actualidad, del **internamiento** sigue pareciendo excesivo, pues va más allá incluso de lo que se permite en casos de extradición penal por los tratados internacionales para personas delincuentes. Junto a ello, sí debemos subrayar como mejora destacable en el nuevo texto, que ya en ningún caso se podrá ampliar el plazo de internamiento más de 60 días, cosa que desgraciadamente se barajó en la tramitación de esta Ley y la creación de un «Juzgado de Vigilancia» de los CIES.

Artículo 62.2. «El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente».

Artículo 62.6. A los efectos del presente artículo, el Juez competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención. El Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento y en las Salas de Inadmisión de fronteras, será el Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados, debiendo designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios. Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente».

Disposición adicional tercera. «Régimen de internamiento de extranjeros. El Gobierno, en el plazo de seis meses, aprobará un Reglamento que desarrollará el régimen de internamiento de los extranjeros».

Disposición adicional cuarta. «Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se añade un nuevo apartado 2 al artículo 87 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado como sigue: “2. Asimismo, los juzgados de instrucción conocerán de la autorización del internamiento de extranjeros en los centros de internamiento, así como del control de la estancia de éstos en los mismos y en las salas de inadmisión de fronteras. También conocerán de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales”».

La concesión de un **plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión** y la previsión contenida en el artículo 58.2, en las circunstancias que se determinen reglamentariamente, de no imposición de prohibición de entrada, cuando el extranjero hubiera abandonado voluntariamente el territorio nacional durante la tramitación de un expediente administrativo sancionador por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 53.1, no parece suficiente para dar por transpuesto el contenido de la Directiva de Retorno, que contempla dos momentos bien diferenciados en el procedimiento de repatriación, de manera que sólo se iniciará el estricto procedimiento de expulsión tras el incumplimiento del plazo u orden de «retorno voluntario». Toda la regulación procedimental queda de esta manera en entredicho en técnica jurídica y provocará su reforma en el plazo de 2 años con la entrada en vigor de la citada Directiva de Retorno. Siendo ello así, ¿no demuestra una total imprevisión del legislador español, que ni siquiera introduce las reformas que es seguro debe introducir en un plazo de dos años?

Artículo 57.4. «La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. No obstante, la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente».

Artículo 58.2 «(...) En las circunstancias que se determinen reglamentariamente, la autoridad competente no impondrá la prohibición de entrada cuando el extranjero hubiera abandonado el territorio nacional durante la tramitación de un expediente administrativo sancionador por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, o revocará la prohibición de entrada impuesta por las mismas causas, cuando el extranjero abandonara el territorio nacional en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión».

Artículo 63 bis.2. «La resolución en que se adopte la expulsión tramitada mediante el procedimiento ordinario incluirá un plazo de cumplimiento voluntario para que el interesado abandone el territorio nacional. La duración de dicho plazo oscilará entre siete y treinta días y comenzará a contar desde el momento de la notificación de la citada resolución.

El plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión podrá prorrogarse durante un tiempo prudencial en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto, como pueden ser, la duración de la estancia, estar a cargo de niños escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales.

3. Tanto en la fase de tramitación del procedimiento como durante el plazo de cumplimiento voluntario, podrá adoptarse alguna o algunas de las medidas cautelares establecidas en el artículo 61, excepto la de internamiento prevista en la letra e)».

f) El Título IV

En el Título IV se introducen determinadas modificaciones con el fin de reforzar la coordinación y cooperación de las Administraciones públicas en materia de inmigración y de institucio-

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

nalizar en esta materia la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

g) Disposiciones adicionales de la LO 4/2000 reformadas, y adicionales y finales de la reforma

Disposición adicional primera. Plazo máximo para resoluciones de expedientes y efecto del silencio.

Solicitudes de autorizaciones: 3 meses.

Visado de tránsito o estancia: 15 días naturales.

Silencio negativo

Renovaciones y Residencia de larga duración: 3 meses.

Modificación limitación territorial o de ocupación de autorizaciones iniciales: 1 mes.

Silencio positivo

Disposición adicional tercera. Lugares de presentación de las solicitudes y exigencia de comparecencia persona.

«Reglamentariamente se podrán establecer excepciones a la presentación ante el órgano competente para su tramitación o a la necesidad de presentación personal».

Disposición adicional cuarta. Inadmisión a trámite de solicitudes.

«d) 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.

2. En los procedimientos relativos a solicitudes de visado de tránsito o estancia, la autoridad competente para resolver inadmitirá a trámite las solicitudes, en los siguientes supuestos:

- a) Presentación de la solicitud fuera del plazo de los tres meses anteriores al comienzo del viaje.
- b) Presentación de la solicitud en documento distinto al modelo oficialmente establecido a los efectos.
- c) No aportación de documento de viaje válido al menos hasta tres meses después de la fecha (en su caso, última fecha) prevista de salida del territorio de los Estados miembros de la Unión Europea; en el que figuren al menos dos páginas en blanco; y expedido dentro de los diez años anteriores a la presentación de la solicitud de visado.
- d) Cuando no se aporte fotografía del solicitante, acorde a lo dispuesto en la normativa reguladora del Sistema de Información de Visados (VIS) de la Unión Europea.
- e) Cuando no se hayan tomado los datos biométricos del solicitante.
- f) Cuando no se haya abonado la tasa de visado».

Disposición adicional quinta. Acceso a la información, colaboración entre Administraciones públicas y gestión informática de los procedimientos.

«3. La tramitación de los procedimientos en materia de extranjería derivados del cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley Orgánica se realizará sobre una aplicación informática común cuya implantación y coordinación respecto de los restantes Departamentos implicados corresponderá al Ministerio de Trabajo e Inmigración. Dicha aplicación, garantizando la protección de datos de carácter personal, registrará la información y datos relativos a los extranjeros y ciudadanos de la Unión Europea residentes en España y sus autorizaciones, impulsará el cumplimiento de lo establecido por la legislación en materia de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y permitirá el conocimiento, en tiempo real, de la situación de las solicitudes de autorización reguladas en esta Ley por parte de los órganos administrativos que sean competentes en cada una de las fases del mismo, así como su intervención en la fase que recaiga dentro de su ámbito de competencias. Asimismo, la aplicación informática permitirá la generación de bases de datos estadísticas por las administraciones intervinientes para la obtención de la información actualizada y fiable sobre las magnitudes relativas a la inmigración y la extranjería».

Disposición adicional novena. Autorizaciones autonómicas de trabajo en origen.

«En el marco de los procedimientos de contratación colectiva en origen, las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en materia de autorizaciones de trabajo podrán establecer servicios que faciliten la tramitación de los correspondientes visados ante los consulados españoles, así como promover el desarrollo de programas de acogida para los trabajadores extranjeros y sus familias».

Disposición adicional cuarta. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Se añade un nuevo apartado 2 al artículo 87 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado como sigue:

«2. Asimismo, los juzgados de instrucción conocerán de la autorización del internamiento de extranjeros en los centros de internamiento, así como del control de la estancia de éstos en los mismos y en las salas de inadmisión de fronteras. También conocerán de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales».

Disposición adicional quinta. Modificación de la Ley, de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.

Se añade un nuevo párrafo al artículo 63 de la Ley, de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, que queda redactado como sigue:

«Artículo 63. La concesión de nacionalidad por residencia se hará, previo expediente, por el Ministerio de Justicia.

Las autoridades competentes para la tramitación y resolución de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad por residencia, para la exclusiva finalidad de resolver la solicitud presentada por el interesado, recabarán de oficio de las Administraciones Públicas competentes cuantos informes

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

sean necesarios para comprobar si los solicitantes reúnen los requisitos exigidos en el artículo 22 del Código Civil, sin que sea preciso el consentimiento de los interesados.

En cualquier caso, el interesado podrá aportar un informe emitido por la Comunidad Autónoma a efectos de acreditar su integración en la sociedad española».

Disposición final tercera. Adaptación reglamentaria.

«1. El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la publicación de esta Ley Orgánica, dictará cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo sean necesarias».

Disposición final cuarta. Entrada en vigor.

«La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”».

IV. HABLEMOS DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS INMIGRANTES

Hablemos de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (Ley 4/2000), adoptada el 11 de enero de 2000 y sometida a frecuentes cambios (sobre todo, mediante las Leyes 8/2000 y 14/2003).

Posiblemente sea la Ley Orgánica que más recursos de inconstitucionalidad ha sufrido, lo cual parece demostrar el carácter controvertido de la materia, las pasiones que la regulación de la extranjería despierta y el escaso consenso logrado por los partidos políticos a lo largo de estos años.

El presente enfoque se realiza en todo caso desde los Derechos Humanos de los inmigrantes. Esos Derechos los tienen por el hecho de ser personas, por su propia naturaleza y dignidad, y sea cual fuere su estatus migratorio, regular o irregular. Porque nos referimos a los Derechos universales (de todas las personas), en los cuales debe aplicarse como eje el principio de igualdad y no discriminación por motivos de raza, etnia, sexo, origen nacional, etc.

En el caso de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (a la que denominaremos LOEX) nos encontramos en un nuevo proceso de profunda modificación. Es un proceso mucho más complejo de lo que a primera vista se decía y, desde luego, de mucho mayor calado de lo que el Gobierno quiso dar a entender con sus iniciales informaciones a los medios de comunicación.

Para no perder la perspectiva, es preciso recordar ya desde este momento que el Derecho de Extranjería en los Estados miembros de la Unión Europea se halla directamente influido por la Unión. Desde hace años la Unión está elaborando una política común de inmigración y asilo; cuando esta política común se transforma en normas (directivas y reglamentos) no debemos olvidar que estas normas tienen primacía sobre los Derechos internos, se imponen a las normas internas.

Al revisar la política común de inmigración y asilo obtenemos una constatación clara: El Derecho Migratorio Europeo cada día tiene más peso en el ordenamiento interno de sus Estados miembros y cada día cubre más parcelas o materias.

Por consiguiente, el Derecho interno (español, francés, belga, etc.) deberá acomodar necesariamente sus normas al Derecho Migratorio Europeo. Pero no caigamos en una trampa demagógica, de la que se abusa con frecuencia: Muchas normas europeas (las adoptadas mediante directivas) conceden a los Estados miembros un amplio margen de regulación; la Directiva de retorno (o Directiva de la vergüenza) permite a los Estados miembros que internen a los extranjeros (incluidos niños y familias) hasta 18 meses para ser expulsados, pero no obliga a esos Estados a llegar a tanto tiempo de internamiento, muy superior al que cumplen personas condenadas por un buen número de delitos castigados en nuestros Códigos penales.

Estamos ante un Derecho Migratorio Europeo que se encuentra gravemente lastrado o afectado por el síndrome² de las tres «R»: Repatriación (o expulsión), Retorno (que debe ser voluntario) y Readmisión en los Estados de origen. Este síndrome de las tres «R» está, además, aderezado por la obsesión que los Estados sufren por el territorio y que la misma UE está sufriendo a su vez.

El Consejo de Estado, en el Dictamen acerca del Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Extranjería de 25 de junio de 2009, consideraba:

«positivo contar con un marco normativo europeo común en materia de inmigración, y de forma particular en los tres grandes ejes de la política migratoria, a saber, la canalización ordenada y legal de los flujos migratorios, la integración de los inmigrantes y la lucha contra la inmigración irregular».

Sin duda son tres ejes esenciales de cualquier proceso migratorio. Reflexionemos brevemente sobre ellos y, especialmente, sobre las personas que lo sufren.

1.^º) Obviamente, todo el mundo pretende una migración legalmente ordenada, hasta que logremos la plena libre circulación de personas (el *Ius Migrandi*) a escala mundial, como existe ya dentro de la Unión Europea. Por cierto, una libre circulación de personas que en el pasado existió durante siglos, hasta casi la mitad del siglo XX; existió porque los europeos necesitábamos salir, «hacer las Américas» (se decía en lenguaje coloquial); esa libre circulación se corta cuando los otros tienen que hacer las Europas...

2.^º) La integración de los inmigrantes debe ser, sin duda, una integración en derechos; más si cabe en una sociedad democrática en la cual se dice que se respetan los Derechos Humanos. Pero cuidado con el relativismo cultural: Los inmigrantes también deben respetar los Derechos Humanos de todos y de todas, sus concepciones religiosas, culturales o de otro tipo no pueden imponerse a los Derechos Humanos; si nos permiten la expresión (y manteniendo siempre el máximo respeto a cualquier religión o creencia y a los que no tienen ninguna religión o creencia), ni siquiera los mandatos de sus dioses pueden imponerse a los Derechos que son Humanos.

V. ¿ERA NECESARIA UNA REFORMA DE LA LOEX?

Podemos continuar formulándonos una doble pregunta:

- a) ¿Era necesaria una reforma de la LOEX? y
- b) ¿Era necesaria esta reforma de la LOEX?

(2) Síndrome: Conjunto de síntomas característicos de una enfermedad.

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

A la primera pregunta responderemos afirmativamente.

Para el portavoz del Grupo Popular en el Congreso, Sr. R. HERNANDO FRAILE, la reforma es una clara regresión en los derechos de los inmigrantes «legales»; por eso afirmaba el 26 de noviembre de 2009:

«Tampoco los derechos de los inmigrantes legales residentes en nuestro país mejoran. En algunos casos, incluso se recortan los previstos en la Ley de 2000 y 2003, esa ley elaborada por un Gobierno del PP que es la auténtica constitución de los derechos de los extranjeros en España, no la que ustedes han hecho. Eso sí, de los extranjeros legales, que residen legalmente» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 26 de noviembre de 2009, p. 21, negrita añadida).

Otra cosa es la naturaleza de la Ley; porque señalaba el 26 de noviembre de 2009 el portavoz del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), Sr. OLABARRÍA MUÑOZ:

«Son leyes que pretenden tranquilizar determinadas conciencias que consideran el fenómeno de la extranjería un problema, y no un valor o un activo que conviene ordenar jurídicamente de forma democrática, y con principios ontológicos progresistas... Todas las leyes que regulan el fenómeno de la extranjería son insuficientes o malas. La del año 2000 aprobada por el Partido Popular era manifiestamente mala; incluso inconstitucional, como luego se pudo acreditar por la sentencia 236/2007 del Tribunal Constitucional. Ustedes hicieron correcciones mediante un procedimiento curvilíneo, rayando los límites de lo que tolera el ordenamiento jurídico, cual es el consistente en aprobar reglamentos contra ley, reformas legislativas manifiestamente insuficientes y parciales, y ahora nos traen una ley que también peca de manifiesta insuficiencia. Yo lo siento mucho. Ustedes siempre invocan su genotipo fe: son progresistas. Aquí es difícil apreciarlo, aunque uno analice la ley con profundidad e incluso con microscopio, con un característico valor de antropólogo» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 26 de noviembre de 2009, p. 18).

Como ya hemos observado anteriormente, era necesaria una reforma, y por eso la actual reforma de la Ley Orgánica de Extranjería precisamente tiene como finalidad última cumplir las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de un buen número de derechos de la Ley de Extranjería y recoger el contenido de las directivas aprobadas con posterioridad a la última reforma de la LOEX (Ley 4/2000, de 11 de enero) y RELOEX (RD 2393/2004, de 30 de diciembre)³.

VI. ¿ERA NECESARIA ESTA REFORMA DE LA LOEX? NO, PORQUE ATENTA CONTRA DERECHOS HUMANOS DE LOS INMIGRANTES

Por otro lado nos preguntábamos si era necesaria esta reforma; en este caso, la respuesta ha de ser claramente negativa porque encontramos aquí los aspectos francamente rechazables.

A vuelapluma podemos realizar algunas consideraciones, siempre desde la óptica de los Derechos Humanos.

En una reforma tan compleja encontraremos elementos o aspectos de signo muy variado. Podemos ver algunos aspectos positivos, otros saludables con reservas y un buen número francamente rechazables.

(3) Así se señala en la Exposición de Motivos del texto del proyecto de Ley Orgánica de reforma.

Elementos positivos en derechos, derivados de la aplicación de la doctrina del tribunal constitucional y elementos positivos en cuanto a la integración de los inmigrantes.

Dejaremos los aspectos «saludables con reservas» (más técnicos) y nos centraremos en los «francamente rechazables», que son los siguientes: La regulación del derecho a la educación, el derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda, la regulación regresiva del derecho a la reagrupación familiar, el exceso sancionador y la criminalización del inmigrante en situación irregular, el llamado delito de solidaridad y la ampliación del internamiento.

1.^a) En materia de derechos revisamos ahora el derecho relativo a la educación y el acceso a becas y ayudas. Curiosamente, el proyecto de ley sigue incumpliendo el mandato del Tribunal Constitucional, discriminando a los extranjeros no residentes mayores de edad, obviando la vinculación entre educación e inclusión social.

El Consejo de Estado, en su Dictamen, también había advertido de la posible inconstitucionalidad de la regulación del Derecho a la educación en el texto de anteproyecto de la LOEX y propone la supresión de la exigencia de residencia de la redacción del artículo 9.2 e incorporación de una regla general que contenga que «todos los extranjeros tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa, incluidos los tratados internacionales, que forman parte de nuestro ordenamiento interno (artículo 96.1.º de la Constitución Española) especialmente la Convención de Derechos del Niño».

La STC 236/2007, de 7 de noviembre, señala en su FJ 8 sobre esta materia:

«De las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad».

En consonancia con la posición anterior, para el TC este derecho corresponde a todas las personas:

«Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 CE corresponde a “todos”, independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España».

Dada la regulación que realiza la reforma en esta materia, se abre así una nueva posibilidad de presentar un recurso de inconstitucionalidad, una posibilidad gratuitamente incluida en el actual proyecto.

2.^a) El artículo 13 atribuye el derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda tan sólo a los extranjeros residentes.

En relación con esta materia, el Dictamen del Consejo de Estado señala que «si bien las limitaciones no son objetables desde un punto de vista constitucional, sería deseable ampliar la acción de los poderes públicos en esta materia tal y como se deriva del Plan Estratégico de Ciu-

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

dadanía e integración aprobado por el Gobierno en 2007 con la finalidad de no crear una nueva “exclusión residencial”».

Efectivamente, ¿qué integración propiciamos para los inmigrantes si no permitimos acceder a la vivienda a todos los extranjeros?

3.^a) Hablamos ahora del derecho a la vida familiar y de la reagrupación familiar.

Según dice el Tribunal Constitucional, nuestro ordenamiento «no reconoce un derecho a la vida familiar en los mismos términos en que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado el artículo 8.1 del Convenio Europeo de DH y menos aún un derecho a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española» (STC 236/2007, FJ 11).

Queda asimismo claro que el derecho a la reagrupación familiar como Derecho Humano tampoco se protege en el citado Convenio Europeo de DH. Ese derecho se reconoce, pues, tan sólo parcialmente en los ordenamientos internos, como por ejemplo en la LOEX y en el Derecho de la UE.

La reforma de la LOEX realiza una regulación regresiva del derecho a la reagrupación familiar, yendo incluso más allá del mandato de la UE.

Efectivamente, cuando la reforma habla de reagrupar los ascendientes del reagrupante y de su cónyuge [artículo 17, 1.d)], exige:

1.^º) Que sean mayores de 65 años. Excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario podrá reagruparse al ascendiente menor de 65 años si se cumplen las demás condiciones previstas en esta Ley;

2.^º) Que estén a cargo del reagrupante, y

3.^º) Que existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

4.^º) Además tales ascendientes mayores de 65 años solamente podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración.

Esta última exigencia o requisito «sí colisiona con la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22/09/2003, de reagrupación familiar por lo que debiera suprimirse o modificarse» (dice el Dictamen del Consejo de Estado). Efectivamente, el artículo 8 de esta Directiva afirma: «Los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él».

Al producirse tal colisión y por tanto violación de la Directiva citada, España puede ser llevada al Tribunal de Justicia de la UE.

En síntesis, el artículo 17 restringe de manera injusta la reagrupación familiar de los ascendientes de la persona inmigrante, lo que perjudica el proceso de integración.

4.^a) Como destacan algunas ONG el artículo 31 bis, a pesar de las mejoras introducidas, eleva a rango legal la obligatoriedad de iniciar un expediente sancionador a los inmigrantes en situación administrativa irregular en España que denuncien ser víctimas de violencia de género, lo que llevará implícita una merma de estas denuncias ante el miedo a la expulsión.

Por tanto no se protege debidamente a estas personas.

5.^a) Se observa asimismo un inequívoco exceso sancionador y la tendencia a la criminalización del inmigrante en situación irregular. Muchas de las novedades suponen una vuelta de tuerca en la política represiva contra los extranjeros en general –y no sólo, como declara la retórica oficial, contra la inmigración irregular–.

Es motivo de honda preocupación que el texto haya puesto el acento en aspectos restrictivos y en el sentido de incrementar las sanciones frente a las situaciones de mera irregularidad, la inclusión de conceptos rechazables, algunos de ellos extraídos del Derecho penal y que se contienen en la Directiva europea de la vergüenza y que no hacen sino favorecer la criminalización de las personas por una mera situación de irregularidad documental.

De hecho se confunde la lucha contra la inmigración irregular con la lucha contra el inmigrante irregular y se extiende incluso a todo su ámbito personal, familiar, laboral, etc., generando una atmósfera de persecución a su alrededor más propia de un Estado policial que de un Estado social y democrático de Derecho.

¿Qué sucede con las sanciones?

Si en la vigente LOEX una infracción grave podía ser sancionada con una multa desde 301 euros hasta 6.000 euros, en la reforma será de 501 euros hasta 10.000 euros.

A ello habríamos de sumar las sanciones que se deducen de la Directiva 2009/52/CE del PE y del C 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 L 168*, 30 de junio de 2009, p. 24). Fecha de transposición 20 de julio de 2011.

Encontramos una clara convergencia criminalizadora entre el Derecho migratorio europeo y el Derecho español de extranjería.

6.^a) La llamada sanción de la hospitalidad.

El artículo 53.2.º.c) considera infracciones graves: «promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización...».

Por ello sorprende que un Gobierno como el nuestro, que se reclama progresista, opte por un texto, en palabras de la Enmienda a la totalidad de ERC-IU-EV, «cuyo punto de partida es la regulación de la inmigración como respuesta al contexto de crisis, justificando de esta manera la rebaja en el listón de derechos y el incremento de sanciones, presentando a las personas inmigrantes como simple mano de obra y estigmatizando su figura, vinculándola a la ilegalidad y optando por medidas de represión y control y muy poco de integración». (...) «Desde la misma óptica se endurece el régimen sancionador, la redacción del artículo relativo a la hospitalidad provocará, tal y como ya ha denunciado Cáritas, graves situaciones principalmente para las familias migrantes ya asentadas, además de discriminar por cuestiones de nacionalidad puesto que la carta de invitación se exige tan sólo para algunos países».

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

7.^a) Finalmente, la ampliación del internamiento a 60 días.

Según la reforma, el internamiento se mantendrá «por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente».

En realidad el internamiento no se concibe como una mera medida cautelar, sino como un instrumento represivo más de castigo. Lamentable operación de imagen por la que tendrán que pagar con su libertad miles de personas.

Como señala la frecuentemente citada Enmienda a la totalidad ERC-IU-EV «el Derecho europeo no obliga a España a incrementar el período de retención y pasar de 40 a 60 días».

La crítica a la ampliación del internamiento de 40 a 60 días y posible exclusión del plazo máximo en el supuesto de solicitud de *habeas corpus* o asilo se contiene también en el Dictamen preceptivo emitido en su día por el Consejo de Estado, pues señala el citado Dictamen: «No debe ligarse el ejercicio de un derecho a una consecuencia de índole negativa para quien lo ejerce».

Es significativo cómo observa el Dictamen del Consejo de Estado que «la reforma va más allá de las normas que es obligado incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, asumiendo el espíritu y la finalidad del sistema europeo de inmigración en su conjunto, entendiendo por tal el integrado por las normas imperativas, por supuesto, pero también los acuerdos y pactos que están sirviendo de base para la articulación y definición de una política común europea en materia de inmigración, en particular el Pacto Europeo para la Inmigración y el Asilo».

VII. UN DERECHO MIGRATORIO EUROPEO Y UN DERECHO ESPAÑOL DE EXTRANJERÍA CADA VEZ MÁS REPRESIVOS

A partir del año 1999, la Unión Europea (tomando como punto de partida el Tratado de Ámsterdam) inició el camino de la comunitarización de las políticas migratorias. En este proceso de comunitarización juega un esencial papel el Acuerdo de Schengen, su Convenio de aplicación y las restantes decisiones adoptadas en la materia (el denominado «acervo Schengen»); precisamente la comunitarización del acervo Schengen (Tratado de Ámsterdam) dará lugar a una política migratoria europea y, en consecuencia, a un Derecho Migratorio europeo.

Este Derecho pone el acento en demasiadas ocasiones en las viejas ideas represivas de «inmigración cero», poco adecuadas para el nuevo escenario social, que exige la elaboración de unas políticas comunitarias orientadas a regular las relaciones entre las personas inmigradas y autóctonas, obligadas en definitiva a relacionarse y convivir en el territorio europeo.

En esa dirección se sitúan las recientes disposiciones aprobadas por el Parlamento y Consejo de la Unión Europea. En particular, la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (o Directiva de Retorno, antes citada) y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen sanciones aplicables a los *empleadores* de residentes ilegales nacionales de terceros países.

Por eso recordábamos antes que hoy la UE padece la enfermedad securitaria manifestada en el síndrome de las tres «R»: Retorno, Readmisión y Repatriación.

Frente a todo ello, aparecen como totalmente insuficientes los esfuerzos homogenizadores expresados en las Directivas sobre residentes de larga duración, reagrupación familiar y Carta Azul (*blue card*). También son insuficientes las iniciativas que pretenden extender el derecho de voto municipal y local a los residentes permanentes no ciudadanos de la UE.

Europa, que durante siglos reivindicó la libre circulación de las personas (cuando los europeos migrábamos buscando futuro, para «hacer las Américas»), se cierra en la actualidad. No se produce solamente una ceguera histórica, se produce además una clara injusticia contra quienes acogieron a los europeos inmigrantes y una grave imprevisión hacia el futuro, porque la Europa actual sigue necesitando a los inmigrantes. Por eso, en realidad, el verdadero reto al que se enfrenta la Unión Europea no es el de cerrar las fronteras, sino el de regular y gestionar eficazmente los flujos migratorios, la convivencia entre personas de distintos orígenes y culturas, respetando en todo caso el Sistema Universal y Regional de los Derechos Humanos.

Los autores de este Dossier expresan su decidida y clara vocación de defensa de los Derechos Humanos de todas las personas, independientemente de su nacionalidad o su estatuto administrativo, independientemente de su estatus migratorio regular o irregular. La clave de su actuación en materia migratoria ha estado siempre en combatir la discriminación.

Para ello deberemos partir del principio de igualdad y no discriminación, principio esencial en cualquier ordenamiento interno o internacional. La consecuente aplicación de ese principio exige y exigirá aquellas dosis de generosidad y solidaridad. Partimos, además, del principio según el cual ninguna persona (tenga documentos o carezca de documentación) es ilegal, aun cuando pueden serlo un número importante de sus actos, y por tanto habrá que acomodar los diferentes ordenamientos jurídicos a tan fundamental principio.

Pero también en el Derecho español de Extranjería encontramos esta misma tendencia represiva. Como señalaba el diputado Sr. HERRERA TORRES del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds:

«En este debate lo que ha acabado primando es la lógica de la Europa fortaleza por delante de la lógica de los convenios internacionales. Al principio de la legislatura, en la Comisión de Trabajo se mandató al Gobierno para que se ratificase el convenio de Naciones Unidas sobre trabajadores inmigrantes. Pues bien, a estas alturas no se ha ratificado, pero sí, ya tenemos esta ley, una ley que tuvo una enmienda a la totalidad –como ustedes saben–, una ley de la que nuestro grupo discutió algunos aspectos, y una ley que nos dijeron que mejoraría. Sí es cierto que ha mejorado en algunos aspectos, y tengo que felicitar a aquellos que han contribuido –también nosotros– a que la ley mejorase, pero en algunos aspectos esas líneas rojas de dureza que parece que preocupaban a algunos no se han movido.

Hoy se mantiene esa limitación a la reagrupación familiar para ascendientes, sabiendo que se trataba de centenares de personas en los últimos años. Pero era importante el discurso de dureza sobre que los ascendientes no podrán reagruparse, contraviniendo lo reconocido por la Convención Internacional de la OIT o por la Constitución» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 26 de noviembre de 2009, pp. 16 y 17).

Claro que la opinión del portavoz del Partido Popular no es exactamente la misma; R. HERNANDO FRAILE subrayaba el 26 de noviembre de 2009 su enorme distancia con el proyecto de reforma (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 26 de noviembre de 2009, pp. 20-22), a través de las siguientes tomas de posición:

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

a) Sobre fronteras, arraigo, permanencia ilegal y explotación:

«España va a seguir siendo el coladero de la Unión Europea y el lugar en el que las mafias tienen mayor facilidad para realizar sus operaciones de tráfico de personas. Es más, la falta de limitación y regulación de la regularización automática por arraigo constituye un estímulo para la llegada y permanencia ilegal, así como para la actividad de los traficantes y de aquellos desalmados que desean explotar a personas sometidas a situaciones de clandestinidad, intolerables en un país como el nuestro. Es el papeles para todos los que resistan. Lo que sea y como sea, mientras el Gobierno, que presume de social, mira para otro lado. Hoy el Gobierno al no querer cambiar esto a sabiendas, se convierte, por tanto, en cómplice de unas situaciones en las que la explotación y la vulneración de derechos de personas irregulares que están en nuestro país son una afrenta para la sensibilidad de cualquiera».

b) Sobre el contrato de integración:

«Después de deslegitimar históricamente el sistema francés y alemán, el contrato de integración propuesto por nuestro grupo, el Gobierno ha optado por el llamado informe de esfuerzo de integración; un informe que tendrán que elaborar las Comunidades Autónomas en cualquier momento del proceso en que cualquier extranjero quiera renovar un papel para determinar si esa persona que pretende renovar su documentación es buen o mal castellano, andaluz, catalán o gallego. Es un dislate en el que la propia indefinición del concepto del esfuerzo y sus características abre vías de inseguridad jurídicoformal que no tiene precedente en nuestro país».

c) Sobre los «ilegales»:

«El hecho de que la estancia ilegal del extranjero en España vaya a ser ahora sancionada de forma preferente con una multa, cuyo importe se incrementa notablemente, en vez de con la expulsión, debido al fracaso del señor Rubalcaba en materia de expulsiones, no sólo demuestra el ánimo mercantilista y recaudador del Gobierno en esta materia y supone un error con el que pretender corregir otro, sino que demuestra la superchería de la vicepresidenta cuando sostenía solemnemente aquello de que los ilegales serán expulsados».

VIII. LO QUE DEBIERA HABER SIDO Y NO HA SIDO

Este proceso de reforma de la LOEX debiera haber servido de foro o escenario de reflexión a todos los estamentos (órganos del Estado, partidos políticos, sindicatos, sociedad civil, etc.) implicados en la regulación de la situación jurídica de los extranjeros en España para desarrollar un Derecho de Extranjería, con vocación de permanencia y estabilidad. Este Derecho de Extranjería debe tener al ser humano como centro de su regulación, y reconocer y garantizar los Derechos Humanos de todas las personas migrantes.

Pero ni la reforma ha servido para eso ni pretendía semejante objetivo. La reforma no ha servido para eso a pesar de que, en la fase de proyecto de Ley, sus principales carencias y problemas fueron puestos de manifiesto –entre otras instituciones– por entes que merecen el máximo respeto jurídicamente hablando, como la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado.

Por otra parte, el objetivo explicitado en la Exposición de Motivos, de adecuación de la normativa a la nueva realidad migratoria, debiera haberse erigido, en nuestro criterio, en el principal

motor de la reforma; sin embargo, la reforma se dedica más bien a la regulación de los viejos temas conectados con el control de las entradas de inmigrantes, cuando el problema real, en la presente coyuntura socioeconómica, es más bien el de acometer con realismo el reto de la integración. Es decir, el grueso de la reforma debiera haber estado orientado a regular la convivencia entre personas de muy diferentes orígenes y procedencias geográficas y culturales, que se encuentran ya presentes en el territorio español y europeo, que en muchos casos permanecen desde años y han venido para quedarse. En este sentido la reflexión sobre las situaciones de irregularidad debiera haber sido un punto esencial de la reforma. De ahí que, como ya habíamos avanzado al principio de este Dossier, mucho nos tememos que pueda augurarse un «corto recorrido» al texto aprobado.

IX. TRES INTERROGANTES DE FONDO

Tras esta exposición, ciertamente no completa, concluiremos formulando tres interrogantes sobre el fondo de la cuestión, los DH de los extranjeros. Son:

¿Puede este tipo de reforma, en una situación de crisis económica como la que padecemos, potenciar indirectamente un clima social de racismo y xenofobia, afortunadamente no generalizado en nuestra sociedad?

Es un tema de gran calado para la convivencia social, el respeto de los Derechos Humanos de todos y de todas y, en definitiva, la existencia de una verdadera sociedad democrática y un auténtico Estado de Derecho.

Por otra parte, en las crisis socioeconómicas se incrementa el riesgo de crear presuntos agravios comparativos en contra de los nacionales.

Tales presuntos agravios pueden crearse hasta mediante las llamadas «leyendas urbanas», que se difunden con facilidad y calan en un sector significativo de la población.

Riesgo a explotar por quienes de un modo u otro luchan contra todo tipo de inmigración.

¿Tiene suficientemente en cuenta este tipo de reforma el respeto de los Derechos Humanos de todos y todas?

A lo largo de este Dossier hemos demostrado que hay importantes carencias, hay importantes lagunas, incluso un elemento de inconstitucionalidad, puesto que no se respeta la sentencia del TC en cuanto al acceso a la educación no obligatoria.

El eje de la reforma no es el principio de igualdad y no discriminación.

¿Ratificará España algún día la Convención internacional sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, como decía el programa electoral del Partido en el Gobierno?

Estamos ante un tratado internacional importante, que no realiza una política de puertas abiertas (como demagógicamente defienden sus detractores) y constituye el núcleo mínimo de Derechos Humanos que todo Estado democrático debe atribuir a los extranjeros, sea cual fuere su situación regular o irregular.

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

La pregunta la realizamos porque el programa electoral del PSOE, en 2008, afirmaba textualmente:

«Vamos a trabajar de un modo activo en la incorporación de la cuestión migratoria a la agenda de los Organismos multilaterales de los que España es parte con un doble objetivo: de un lado, lograr un consenso internacional suficiente en torno al diseño de las mejores políticas públicas migratorias que los Estados deberán aplicar con el fin de contribuir de un modo coherente al desarrollo. De otro, reforzar el estatuto de derechos del migrante en el plano internacional a través, en particular, de la ratificación de los Tratados internacionales relevantes en materia de protección de los derechos de los inmigrantes, entre los que cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de todos los trabajadores migrantes y sus familiares de 1990».

Epílogo:

Diffícilmente se puede ser neutral ante los Derechos Humanos. Como tampoco se puede defender la neutralidad ante el racismo, la xenofobia, el antisemitismo, el antiislamismo o el anticristianismo.

Los extranjeros son personas, por tanto, tienen Derechos Humanos, puesto que son universales.

Ninguna persona es ilegal, sea cual fuere su estatus migratorio, regular o irregular.

Frente a la visión únicamente territorial y de control de la inmigración, necesitamos una visión centrada en la integración.

X. ANEXO: ARTÍCULOS DE LA LEY DE REFORMA QUE EXPLÍCITAMENTE INVOCAN LA NECESIDAD DE DESARROLLO REGLAMENTARIO

TÍTULO PRIMERO

Derechos y Libertades de los extranjeros

CAPÍTULO I

Derechos y Libertades de los extranjeros

«Artículo 4. Derecho a la documentación.

[...]

2. Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente. Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de un visado de residencia y trabajo de temporada.

Reglamentariamente se desarrollarán los supuestos en que se podrá obtener dicha tarjeta de identidad cuando se haya concedido una autorización para permanecer en España por un período no superior a seis meses».

CAPÍTULO II

Reagrupación Familiar

«Artículo 17. Familiares reagrupables.

[...]

5. 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».

«Artículo 18. Requisitos para la reagrupación familiar.

[...]

2. El reagrupante deberá acreditar, en los términos que se establezcan reglamentariamente, que dispone de vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada».

«Artículo 19. Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales.

[...]

4. Reglamentariamente se determinará la forma y la cuantía de los medios económicos considerados suficientes para que los familiares reagrupados puedan obtener una autorización independiente».

CAPÍTULO III

Garantías Jurídicas

«Artículo 22. Derecho a la asistencia jurídica gratuita.

[...]

3. (...) La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen».

TÍTULO SEGUNDO

Régimen Jurídico de los extranjeros

CAPÍTULO I

De la entrada y salida del territorio español

«Artículo 25 bis. Tipos de visado.

3. Reglamentariamente, se desarrollarán los diferentes tipos de visados.

«Artículo 27. Expedición del visado.

«1. El visado se solicitará y expedirá en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España, salvo en los supuestos excepcionales que se contemplen reglamentariamente o en los supuestos en los que el Estado español, de acuerdo con la normativa comunitaria sobre la materia, haya acordado su representación con otro Estado miembro de la Unión Europea en materia de visados de tránsito o estancia».

CAPÍTULO II

Situaciones de los extranjeros

«Artículo 31. Situación de residencia temporal.

1. La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y de las renovaciones se establecerá reglamentariamente.
2. La autorización inicial de residencia temporal que no comporte autorización de trabajo se concederá a los extranjeros que dispongan de medios suficientes para sí y, en su caso, para los de su familia. Reglamentariamente se establecerán los criterios para determinar la suficiencia de dichos medios.
3. La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente».

«Artículo 32. Residencia de larga duración.

[...]

2. Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente. A los efectos de obtener la residencia de larga duración computarán los períodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros, como titular de la tarjeta azul de la UE. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente.
3. Los extranjeros residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán solicitar por sí mismos y obtener una autorización de residencia de larga duración en España cuando vayan a desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena, o por otros fines, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente. No obstante, en el supuesto de que los extranjeros residentes de larga duración en otro estado miembro de la Unión Europea deseen conservar el estatuto de residente de larga duración adquirido en el primer estado miembro, podrán solicitar y obtener una autorización de residencia temporal en España.
4. Con carácter reglamentario se establecerán criterios para la concesión de otras autorizaciones de residencia de larga duración en supuestos individuales de especial vinculación con España.
5. La extinción de la residencia de larga duración se producirá en los casos siguientes: (...) c) Cuando se produzca la ausencia del territorio de la Unión Europea durante doce meses consecutivos. Reglamentariamente se establecerán las excepciones a la pérdida de la autorización por este motivo, así como el procedimiento y requisitos para recuperar la autorización de residencia de larga duración.
6. Las personas extranjeras que hayan perdido la condición de residentes de larga duración podrán recuperar dicho estatuto mediante un procedimiento simplificado que se desarrollará reglamentariamente».

«Artículo 33. Régimen especial de los estudiantes.

[...]

4. Los extranjeros admitidos con fines de estudio, prácticas no laborales o voluntariado podrán ser autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios o actividad asimilada, en los términos que reglamentariamente se determinen.

6. Se facilitará la entrada y permanencia en España, en los términos establecidos **reglamentariamente**, de los estudiantes extranjeros que participen en programas de la Unión Europea destinados a favorecer la movilidad con destino a la Unión o en la misma.

7. Todo extranjero, admitido en calidad de estudiante en otro Estado miembro de la Unión Europea, que solicite cursar parte de sus estudios ya iniciados o completar éstos en España podrá solicitar una autorización de estancia por estudios y obtenerla, si reúne los requisitos **reglamentarios** para ello, no siendo exigible el visado».

«Artículo 35. Menores no acompañados.

[...]

9. **Reglamentariamente** se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo teniendo en cuenta, en su caso, los informes positivos que, a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos a su esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando, así como su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo. Las Comunidades Autónomas desarrollarán las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad».

CAPÍTULO III

Del permiso de trabajo y regímenes especiales

«Artículo 36. Autorización de residencia y trabajo.

1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen **reglamentariamente**.

[...]

8. **Reglamentariamente** se determinarán las condiciones y requisitos para hacer posible la participación de trabajadores extranjeros en sociedades anónimas laborales y sociedades cooperativas».

«Artículo 37. Autorización de residencia y trabajo por cuenta propia.

1. Para la realización de actividades económicas por cuenta propia habrá de acreditarse el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, así como los relativos a la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo, entre otros que **reglamentariamente** se establezcan.

2. La autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia se limitará a un ámbito geográfico no superior al de una Comunidad Autónoma, y a un sector de actividad. Su duración se determinará **reglamentariamente**».

«Artículo 38. Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.

[...]

2. La situación nacional de empleo será determinada por el Servicio Público de Empleo Estatal con la información proporcionada por las Comunidades Autónomas y con aquella derivada de indicadores

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

estadísticos oficiales y quedará plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura. Dicho catálogo contendrá una relación de empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadores extranjeros y será aprobado previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Igualmente, se entenderá que la situación nacional de empleo permite la contratación en ocupaciones no catalogadas cuando de la gestión de la oferta se concluya la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles.

Reglamentariamente se determinarán los requisitos mínimos para considerar que la gestión de la oferta de empleo es considerada suficiente a estos efectos.

5. La autorización inicial de residencia y trabajo se limitará, salvo en los casos previstos por la Ley y los Convenios Internacionales firmados por España, a un determinado territorio y ocupación. Su duración se determinará reglamentariamente.

6. La autorización de residencia y trabajo se renovará a su expiración:

[...]

d) Cuando concurran otras circunstancias previstas reglamentariamente, en particular, los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de ser víctima de violencia de género».

«Artículo 38 bis. Régimen especial de los investigadores.

[...]

2. Las entidades dedicadas a la investigación, públicas o privadas, que cumplan las condiciones previstas reglamentariamente, podrán ser autorizadas por el Estado o por las Comunidades Autónomas, según corresponda, como organismos de investigación para acoger a investigadores extranjeros. Esta autorización tendrá una duración mínima de cinco años, salvo casos excepcionales en que se otorgará por un período más corto. Si transcurrido el plazo máximo no se hubiera notificado resolución expresa legítima al interesado, la solicitud deducida por éste se entenderá desestimada por silencio administrativo.

3. Reglamentariamente se determinarán los requisitos para la firma del convenio de acogida entre el investigador y el organismo de investigación y las condiciones del proyecto de investigación.

[...]

7. Todo extranjero admitido en calidad de investigador en otro Estado miembro de la Unión Europea que solicite realizar parte de su investigación en España durante un período superior a tres meses podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo y obtenerla si reúne los requisitos reglamentarios para ello, no siendo exigible el visado, pero pudiendo exigirse un nuevo convenio de acogida.

8. Una vez finalizado el convenio de acogida, o resuelto por causas no imputables al investigador establecidas reglamentariamente, tanto el investigador como los familiares reagrupados podrán ser autorizados para residir y ejercer una actividad lucrativa sin necesidad de un nuevo visado».

«Artículo 38 ter. Residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados.

1. Se considerará profesional altamente cualificado a los efectos de este artículo a quienes acrediten cualificaciones de enseñanza superior o, excepcionalmente, tengan un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable, en los términos que se determinen reglamentariamente.

[...]

5. Reglamentariamente se determinarán los requisitos para la concesión y renovación de la autorización de residencia y trabajo regulada en este artículo».

«Artículo 40. Supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo.

1. No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a: [...] j) Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, cuando se trate de víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos.
2. Tampoco se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, en las condiciones que se determinen reglamentariamente para:
 - a) La cobertura de puestos de confianza y directivos de empresas.
 - b) Los profesionales altamente cualificados, incluyendo técnicos y científicos contratados por entidades públicas, universidades o centros de investigación, desarrollo e innovación dependientes de empresas, sin perjuicio de la aplicación del régimen específico de autorización aplicable de conformidad con la presente Ley.
 - c) Los trabajadores en plantilla de una empresa o grupo de empresas en otro país que pretendan desarrollar su actividad laboral para la misma empresa o grupo en España.
 - d) Los artistas de reconocido prestigio».

«Artículo 42. Régimen especial de los trabajadores de temporada.

1. El Gobierno regulará reglamentariamente la autorización de residencia y trabajo para los trabajadores extranjeros en actividades de temporada o campaña que les permita la entrada y salida del territorio nacional, así como la documentación de su situación, de acuerdo con las características de las citadas campañas y la información que le suministren las Comunidades Autónomas donde se promuevan.

[...]

6. Reglamentariamente se determinarán las condiciones para que los trabajadores en plantilla de una empresa o grupo de empresas que desarrollen su actividad en otro país puedan ser autorizados a trabajar temporalmente en España para la misma empresa o grupo».

«Artículo 43. Trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios.

[...]

2. Reglamentariamente se establecerán las condiciones para la autorización de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, de acuerdo con la normativa vigente».

TÍTULO TERCERO

De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador

«Artículo 53. Infracciones graves.

1. Son infracciones graves:
 - a) 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».

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

«Artículo 55. Sanciones.

[...]

2. (...) En los supuestos de participación en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, previstos en el artículo 54.1.a), de acuerdo con lo establecido en el procedimiento sancionador que se determine reglamentariamente, la competencia sancionadora corresponderá al Secretario de Estado de Seguridad».

«Artículo 57. Expulsión del territorio.

[...]

4. La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. No obstante, la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente».

«Artículo 58. Efectos de la expulsión y devolución.

[...]

2. (...) En las circunstancias que se determinen reglamentariamente, la autoridad competente no impondrá la prohibición de entrada cuando el extranjero hubiera abandonado el territorio nacional durante la tramitación de un expediente administrativo sancionador por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, o revocará la prohibición de entrada impuesta por las mismas causas, cuando el extranjero abandonara el territorio nacional en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión.

«Artículo 59. Colaboración contra redes organizadas.

[...]

2. Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo a fin de que decida si desea acogerse a esta vía, y harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver, que podrá conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor del extranjero, según el procedimiento previsto reglamentariamente.

[...]

6. Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de colaboración de las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la acogida y protección de las víctimas de los delitos señalados en el apartado primero».

«Artículo 59 bis (nuevo). Víctimas de la trata de seres humanos.

[...]

2. Los órganos administrativos competentes para la instrucción del expediente sancionador, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente.

[...]

4. La autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente.

[...]

6. Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de colaboración de las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la acogida y protección de las víctimas de la trata de seres humanos».

«Artículo 62 bis. Derechos de los extranjeros internados.

[...]

2. Los centros dispondrán de servicios de asistencia social y sanitaria con dotación suficiente. Las condiciones para la prestación de estos servicios se desarrollarán reglamentariamente.

3. Las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes y los organismos internacionales pertinentes podrán visitar los centros de internamiento; reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de las mismas».

TÍTULO CUARTO

Coordinación de los Poderes Públicos

«Artículo 68. Coordinación de las Administraciones Públicas.

[...]

3. Con carácter previo a la concesión de autorizaciones por arraigo, las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos, emitirán un informe sobre la integración social del extranjero cuyo domicilio habitual se encuentre en su territorio. Reglamentariamente se determinarán los contenidos de dicho informe. En todo caso, el informe tendrá en cuenta el período de permanencia, la posibilidad de contar con vivienda y medios de vida, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales».

DISPOSICIONES ADICIONALES

«Disposición adicional tercera. Lugares de presentación de las solicitudes y exigencia de comparecencia personal.

1. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación. Igualmente, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado

La reforma de la Ley de Extranjería. Una crítica desde los Derechos Humanos

fuese un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por éste, o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial. Reglamentariamente se podrán establecer excepciones a la presentación ante el órgano competente para su tramitación o a la necesidad de presentación personal de solicitudes».

«Disposición adicional quinta. Acceso a la información, colaboración entre Administraciones públicas y gestión informática de los procedimientos.

[...]

3. (...) El Ministerio del Interior, de acuerdo con sus competencias en materia de orden público, seguridad pública y seguridad nacional, mantendrá un Registro central de extranjeros. Reglamentariamente, se establecerá la interconexión que, en su caso, resulte necesaria para que en la aplicación informática común conste la información que pueda repercutir en la situación administrativa de los extranjeros en España.

«Disposición adicional segunda. Reagrupación familiar de ciudadanos españoles respecto a sus familiares nacionales de terceros países.

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

«Disposición adicional tercera. Régimen de internamiento de extranjeros.

El Gobierno, en el plazo de seis meses, aprobará un Reglamento que desarrollará el régimen de internamiento de los extranjeros».

DISPOSICIONES FINALES

«Disposición final tercera. Adaptación reglamentaria.

1. El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la publicación de esta Ley Orgánica, dictará cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo sean necesarias.

2. Reglamentariamente se regulará el contenido de la resolución de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, de 28 de febrero de 2007, relativa al acuerdo por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el 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. Dicha regulación deberá incluir a pequeñas y medianas empresas».

BEATRIZ ROMÁN LUJÁN

Abogada del Área de Extranjería del REICAZ

Experta Jurídica en Migraciones Internacionales y Extranjería

(beatrizroman@yahoo.es)

La nueva Ley de Asilo

(Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria)

SUMARIO

I. Esquema principales novedades Ley 12/2009 en relación con anterior normativa reguladora del derecho de asilo.

II. Introducción.

III. Tramitación parlamentaria de la Ley 12/2009.

IV. Contenido de la Ley 12/2009. A) Estructura de la nueva Ley. B) Principales aspectos de la Ley.

V. Principales críticas a la nueva Ley. A) Exclusión de los ciudadanos de la Unión del derecho a solicitar asilo. B) Desaparición del derecho a pedir asilo en las embajadas españolas. C) Introducción de fórmulas jurídicamente indeterminadas. D) En los casos de solicitud de protección internacional en puestos fronterizos, se ha ampliado el plazo para notificar la inadmisión a trámite.

VI. Conclusiones.

I. ESQUEMA PRINCIPALES NOVEDADES LEY 12/2009 EN RELACIÓN CON ANTERIOR NORMATIVA REGULADORA DEL DERECHO DE ASILO

1. Conceptos:

- Se definen expresamente los tipos de protección internacional que dispensa el Estado español: derecho de asilo y protección subsidiaria (artículo 1).

2. Ámbito subjetivo:

- Restricción del ámbito subjetivo de las personas que pueden solicitar protección internacional en España: no pueden solicitarla los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea.
- Respecto de los refugiados: Amplía los motivos de persecución para el reconocimiento de la condición de refugiado en relación con los establecidos en Convención de Ginebra de 1951 y Protocolo de N.Y.: expresamente se citan los motivos de género u orientación sexual (artículo 3).
- Define por primera vez en el Derecho español positivo el concepto de «protección subsidiaria» (artículo 4) y tanto el contenido de la protección como la obtención de la documentación correspondiente se sacan del ámbito de la LOEX.

(En la anterior regulación, la protección subsidiaria se encontraba regulada residualmente en los artículos 17.2 de la Ley 5/1984 y 31.3 y 4 del Reglamento de desarrollo, y las autorizaciones concedidas eran «autorizaciones de estancia» remitiendo a su solicitud y tramitación a la regulación general de extranjería, en concreto al artículo 45.3 del RD 2393/2000 –autorizaciones de residencia temporal– «por razones de protección internacional»).

3. Contenido de la protección internacional:

- Se igualan los derechos garantizados con el asilo y la protección subsidiaria (artículo 5); con la anterior regulación el contenido de la protección subsidiaria era netamente inferior.
- Se concede autorización de residencia y trabajo permanente.
- Se concede el acceso a educación, asistencia sanitaria, vivienda, asistencia social, etc., en las mismas condiciones que los españoles.

4. Requisitos para el reconocimiento:

- En relación con los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado ya no se hace remisión expresa a la Convención de Ginebra y el Protocolo de N.Y., sino que se definen de forma detallada los conceptos de:
- Agentes de persecución (o causantes de daños), artículo 13.
- Agentes de protección, artículo 12.
- «Actos de persecución» (artículo 6) y «motivos de persecución» (artículo 7) para el reconocimiento del derecho de asilo.
- «Daños graves» (artículo 10) para la concesión de la protección subsidiaria.
- Se especifican las «causas de exclusión» para el reconocimiento del derecho de asilo (artículo 8) y de la protección subsidiaria (artículo 11). Antes se remitía a los artículos 1.F) y 33 de la Convención de Ginebra. En la actualidad, transcribe estos preceptos, añade el contenido del apartado D del artículo 1 de la Convención de Ginebra, y aclara el concepto «*grave delito común*» como causa de exclusión de la protección internacional.

La nueva Ley de Asilo

II

5. Refugiados *sur place*:

- Se prevé expresamente en la Ley el supuesto de los «refugiados *sur place*» en el artículo 15 («*necesidades de protección internacional surgidas in situ*»). Antes se recogía en el Reglamento en el artículo 7, cuando se regulaba el plazo para la solicitud de asilo.

6. Derechos de los solicitantes de asilo:

- Desde el principio tienen derecho a asistencia jurídica gratuita (preceptiva cuando la solicitud se hace en puesto fronterizo) e intérprete durante toda la tramitación de la solicitud.
- La nueva Ley recoge en su artículo 18 un elenco de derechos y obligaciones. En la anterior regulación se hallaban dispersos.
- Se recoge expresamente los derechos sociales generales y las condiciones de acogida que habrán de tener los solicitantes de protección internacional (artículos 30 y 31).
- Se recoge en el artículo 32 de la nueva Ley la posibilidad que otorgaba el artículo 15.2 del Reglamento de la anterior Ley a ser autorizado a trabajar de conformidad con la normativa de extranjería, pero la propia Ley condiciona esta autorización a lo que se pueda determinar reglamentariamente.

7. Intervención de ACNUR en los procedimientos (capítulo IV):

- Se establece de forma sistematizada la intervención de ACNUR tanto en la solicitud de asilo como en su tramitación posterior.

8. Procedimientos:

- Se elimina la posibilidad de solicitar asilo propiamente en misiones diplomáticas en el extranjero. El artículo 38 lo que hace es establecer que los embajadores podrán promover el traslado del solicitante a España para que pueda presentar la solicitud conforme el procedimiento ordinario previsto en la nueva Ley (el Reglamento de ejecución de la Ley anterior establecía en su artículo 4 las misiones diplomáticas y oficinas consulares en el extranjero como uno de los lugares de presentación de la solicitud).
- Ya no se habla de «inadmisión a trámite» de la solicitud, sino que la Ley habla de «no admisión de solicitudes» tanto presentadas dentro del territorio español (artículo 20) como en puestos fronterizos (artículo 21.1).
- Se amplía el plazo para notificar la inadmisión a trámite de una solicitud en frontera hasta 4 días desde la solicitud (antes era en un plazo máximo de 72 horas), cabiendo hasta incluso 6 días más cuando el solicitante incurra en supuestos de exclusión o denegación, si lo solicita ACNUR. El plazo para la petición de reexamen se amplía a 2 días desde la notificación (antes el plazo era de 24 horas).

- Se reduce el plazo para notificar la inadmisión a trámite en solicitudes en territorio (ahora el plazo máximo es un mes desde la presentación de la solicitud).
- Se amplían las causas de inadmisión a trámite, incluyéndose la procedencia de un tercer país seguro de conformidad con la Directiva 2005/85/CE [artículo 20.1.d)] y cuando el solicitante sea nacional de un Estado miembro de la UE.
- Se establecen dos procedimientos diferenciados para la tramitación de las solicitudes: «procedimiento ordinario» (artículo 24) y «tramitación de urgencia» (artículo 25) para solicitudes manifiestamente infundadas, presentadas fuera de plazo sin justificación, solicitantes internados en CIE, solicitantes con necesidades específicas, que planteen cuestiones sin relación con examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado, que el solicitante sea procedente o nacional de un país tercer seguro, cuando el solicitante incurra en supuestos de exclusión o denegación de reconocimiento de la condición de refugiado.

9. Se prevén disposiciones específicas para atender a los menores y otras personas vulnerables solicitantes de protección internacional (artículos 46 y ss.). En la anterior Ley no se preveía esto, regulándose parcialmente en el Reglamento de 1995.

10. Se establece que el marco de protección de esta nueva Ley se aplicará también a las personas acogidas en España en Programas de Reasentamiento.

II. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido ya veinticinco años desde que la España democrática se dotara de su primera Ley de Asilo (la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, publicada en BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984), cumpliendo con el mandato constitucional contenido en el artículo 13.4 («La Ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España»).

Ha de recordarse que esta primera Ley de Asilo, como indicaba su propia Exposición de Motivos, pretendía ofrecer una solución jurídica basada en criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia a aquellas personas perseguidas por motivos ideológicos o políticos en sus países de origen, regulando de forma diferenciada la condición de refugiado y el derecho de asilo.

En el año 1994, la Ley 9/1994, de 19 de mayo, introdujo un elenco de novedades que se han mantenido hasta la fecha actual. La necesidad de la reforma de 1994 lo fue por haberse detectado ciertas disfunciones, en la práctica, derivadas de la existencia en la norma de los dos estatutos diferenciados (asilo y refugio), así como para adaptar la legislación española al contenido de Convenios internacionales que determinarían la asignación de responsabilidad de los Estados para el examen de las solicitudes de asilo (Convenios de Dublín y Schengen) y, sobre todo, debido a que se decidió modificar los efectos de la resolución denegatoria de asilo para evitar abusos y se estableció como novedad una fase previa de admisibilidad de la solicitud de asilo,

La nueva Ley de Asilo

II

para cribar de este modo las solicitudes procedentes de migrantes que no fueran verdaderos refugiados (se pensaba, esencialmente, en los migrantes económicos).

La pertenencia de España a la Unión Europea ha influido de forma notoria en la necesidad de reformar la normativa de asilo española, dado que, en los últimos años, especialmente, se han aprobado diferentes instrumentos normativos comunitarios tratando de armonizar los procedimientos de asilo en la Unión y los diferentes contenidos de los estatutos de asilados y solicitantes de asilo, al amparo de las Políticas europeas de asilo e inmigración impulsadas desde Tampere en 1999¹.

Es en este marco europeo en el que se ha procedido a la formulación de la Nueva Ley de Asilo española, teniendo en cuenta que resultaba imperiosa la urgencia de trasponer a nuestro ordenamiento jurídico el capítulo V de la Directiva 86/2003, la Directiva 85/2005 y la Directiva 83/2004².

También el marco de las migraciones internacionales ha variado en las últimas décadas³ y, en lo que respecta al flujo de personas migrantes que ponen sus ojos en España, no puede dudarse que desde final es de los años 90 del siglo XX no ha dejado de crecer.

Sin embargo, lo cierto es que la opinión pública y el debate político suelen centrarse en el control de la migración irregular, olvidando la atención que merecen los refugiados y la cuestión del asilo. Y no podemos obviar que la migración que llega a España es mixta, es decir, una migración en la que refugiados, solicitantes de asilo, víctimas de tráfico y trata, menores no acompañados y personas que salen de su país por motivos principalmente económicos se trasladan conjuntamente, con frecuencia de manera irregular, utilizando las mismas rutas y los mismos medios de transporte⁴.

Del mismo modo que, para un enfoque correcto de la cuestión, ha de recordarse que España ha ratificado los principales Tratados internacionales globales sobre Derechos Humanos y Protección de los Refugiados, entre ellos la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas, la Convención de 1984 contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y sus protocolos, y la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño. Además de los correspondientes

(1) Reglamento (CE) 2725/2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín; Reglamento CE 343/2003; Directiva 2003/9/CE: normas mínimas de acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros; Directiva 2003/86/CE: derecho de reagrupación familiar (capítulo V); Directiva 2004/83/CE: normas mínimas requisitos para reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y el contenido de la protección concedida (Protección Subsidiaria).

Directiva 2005/85/CE: normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

El artículo 18 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales otorga al derecho de asilo también carácter fundamental.

(2) Ver nota anterior.

(3) ACNUR informa que a finales de 2008 había alrededor de 42 millones de personas desplazadas en el mundo, de las que 15,2 millones tenían reconocida la condición de refugiado y 827.000 estaban pendientes de la resolución de su solicitud de asilo en algún país del mundo.

(4) Para el concepto de «migración mixta» véase el informe de ACNUR: *Protección de los refugiados y migración internacional: revisión del papel del ACNUR en las Islas Canarias, España*, abril de 2009.

al ámbito regional europeo, entre los que se encuentran la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.

III. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY 12/2009

La nueva Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria ha visto la luz diez meses después de la presentación del Proyecto de Ley por el Gobierno, en fecha 5 de diciembre de 2008⁵. El texto definitivo difiere en buena medida del inicial, gracias a la intensa tarea de las dos Cámaras, en las que nuestros diputados y senadores han introducido numerosas Enmiendas que han enriquecido y mejorado el texto original, teniéndose en cuenta opiniones y sugerencias del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y de las principales organizaciones no gubernamentales en materia de asilo (Comisión Española de Ayuda al Refugiado, ACCEM y Amnistía Internacional son citadas en los Diarios de Sesiones). La totalidad de las Enmiendas introducidas en el Senado⁶ quedaron aprobadas en sesión plenaria del Congreso de los Diputados el día 15 de octubre de 2009, con 327 votos a favor y 1 abstención⁷.

Resulta importante y esperanzador destacar que, a pesar de que año tras año se reduce el número de solicitantes de asilo en nuestro país, llegando a la minúscula cifra de 4.516 solicitudes en 2008⁸—a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno europeo, como Francia, Reino Unido o Alemania⁹—, los legisladores han llevado a cabo debates llenos de pasión y preocupación por los Derechos Humanos, aunque el texto final no haya satisfecho las expectativas más progresistas expresadas en las Cámaras¹⁰.

(5) El texto tuvo entrada en el Congreso en fecha 5 de diciembre de 2008; el Pleno del Congreso de los Diputados introdujo numerosas Enmiendas, aprobando el nuevo contenido del Proyecto de Ley el día 25 de junio de 2009, la entrada del texto en el Senado lo fue el 13 de julio de 2009 y la aprobación definitiva de su Dictamen el 7 de octubre de 2009, tras arduas horas de trabajo e intensos e interesantes debates que pueden leerse en los boletines de sesiones del Congreso y del Senado. BO Cortes Generales Diario de Sesiones del Congreso de 25 de junio de 2009 núm. 25 (pp. 32 a 39), BO Cortes Generales Diario de Sesiones del Senado núm. 204, Comisión de Interior de 5 de octubre de 2009 y Diario de Sesiones de Pleno del Senado núm. 54 (pp. 2555 a 2565).

(6) De las 96 inicialmente presentadas, se aprobaron, s.e.u.o., 36 Enmiendas.

(7) Boletín Oficial del Congreso de 15 de octubre de 2009, núm. 113 (discusiones finales sobre las Enmiendas en las pp. 4-10, votación de las Enmiendas en la p. 42).

(8) Fuentes ACNUR y ACCEM, quien cita a la Oficina de Asilo y Refugio. Durante la última década, el número máximo de solicitudes se registró en 2001, cuando 9.490 personas pidieron asilo; sin embargo, desde entonces, las cifras han disminuido progresivamente a excepción de 2007, cuando se presentaron 7.662 solicitudes. En 2008 tan sólo se concedieron en España 151 asilos y 110 protecciones subsidiarias.

(9) Alemania registró casi 19.000 solicitudes en 2007, Reino Unido 28.000 solicitudes y Francia registró más de 29.000 solicitudes. Véase ACNUR: *Asylum levels and trends in industrialized countries, first half 2008*, octubre de 2008.

(10) Fundamentalmente entender que se restringe el derecho al asilo de los ciudadanos de la Unión al no permitir presentar su solicitud en España y, en consecuencia, la propia Convención de Ginebra de 1951, por no incluirse en los motivos de reconocimiento de la condición de refugiado los temores fundados de persecución por violación de Derechos Humanos económicos, sociales y culturales, por eliminar la opción de solicitud de asilo ante representación diplomática en el extranjero, por introducir el concepto de tercer país seguro como causa de inadmisión de la solicitud del peticionario que proceda de tal país, etc.

La nueva Ley de Asilo

II

IV. CONTENIDO DE LA LEY 12/2009

A) Estructura de la nueva Ley

La nueva Ley 12/2009 es de mayor extensión que su predecesora (que tan sólo tenía 21 artículos) y consta de un amplio Preámbulo y cinco títulos (48 artículos, frente a los 21 de la anterior Ley), además de ocho disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y cuatro finales.

Brevemente, el contenido de estos seis títulos es el siguiente:

- Preliminar sobre «Disposiciones Generales» relativas al objeto material de la Ley y su ámbito subjetivo;
- Título I relativo a los requisitos para reconocer al solicitante la condición de refugiado o de beneficiario de protección subsidiaria;
- Título II sobre las reglas procedimentales comunes para el reconocimiento de la protección internacional que corresponda: presentación de la solicitud y tramitación de ésta hasta su resolución y régimen de recursos, intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el procedimiento, condiciones de acogida de los solicitantes, efectos de la resolución estimatoria y denegatoria y solicitudes presentadas en Embajadas y consulados;
- Título III sobre el mantenimiento de la unidad familiar de las personas beneficiarias de protección internacional, ya sea mediante la extensión familiar del derecho de asilo o protección subsidiaria, ya sea mediante la reagrupación familiar, que no se regirá por la normativa de extranjería, sino por el Reglamento de desarrollo de la propia Ley;
- Título IV sobre el cese y la revocación de la protección internacional y el procedimiento para el dictado de la correspondiente resolución administrativa;
- Título V, novedoso, «De los menores y otras personas vulnerables» necesitadas de protección internacional, ya sea asilo o protección subsidiaria.

B) Principales aspectos de la Ley

1.º Cambia el propio nombre de la Ley, ahora «reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (antes «reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado)».

Este cambio es significativo, puesto que, ya desde el principio, el legislador quiere llamar la atención sobre la regulación de una forma de protección internacional desdeñada con anterioridad¹¹, la Protección Subsidiaria, a la que va a dedicar un buen número de artículos y referencias en todo el texto normativo.

Del mismo modo, se excluye de esta regulación el régimen de protección temporal en casos de afluencia masiva de personas desplazadas, que tiene su propia norma (RD 1325/2003, de 24 de octubre).

(11) La llamada, en ocasiones, «protección complementaria», recogida de forma poco clara en el antiguo artículo 17.2 de la Ley 5/1984 reformada.

2.º El ámbito objetivo de la Ley es, por tanto, la protección que el Estado español va a otorgar a las personas incluidas en su ámbito subjetivo: tanto la propia del asilo como la novedosa de la protección subsidiaria.

3.º La Ley realiza una descripción restrictiva de su ámbito subjetivo de aplicación, al excluir de él a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea (artículo 2), como potenciales solicitantes de protección internacional ante las autoridades españolas. Esta cuestión será comentada en párrafos posteriores.

Se incluyen en el ámbito subjetivo de esta Ley a las personas a las que en la Convención de Ginebra se les reconoce la condición de refugiados (como venía haciéndose en la anterior Ley), pero detallándose expresamente en el artículo 3 su definición, e incluyéndose explícitamente, como motivos de persecución, además de los clásicos convencionales (raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas y pertenencia a determinado grupo social), los de pertenencia a determinado grupo de género u orientación sexual. Lo que resulta novedoso en nuestro derecho positivo¹².

Igualmente supone una importante novedad la definición del concepto de «protección subsidiaria» (artículo 4), protección destinada a aquellas «personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales, o al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley».

En la anterior regulación, la protección subsidiaria se encontraba prevista residualmente en el artículo 17.2 del Ley 5/1984 y en el artículo 31.3 y 4 del Reglamento de desarrollo, y el contenido de ésta remitía en buena medida a la normativa genérica de extranjería, siendo las autorizaciones concedidas «de estancia» (remitiéndose tanto su solicitud como su tramitación a la regulación general de extranjería: artículo 45.3 del RD 2393/2000, en el que se habla de «autorizaciones de residencia temporal “por razones de protección internacional”»).

4.º En la nueva Ley se igualan los derechos garantizados con el asilo y la protección subsidiaria (artículo 5), siendo el principal de ellos, como no podía ser de otro modo, el de «no devolución ni expulsión» al país en el que ha tenido o puede tener lugar la persecución o riesgo real de daños graves. Con la anterior regulación el contenido de la protección subsidiaria era netamente inferior, como se ha indicado antes.

Tanto a los refugiados como a los beneficiarios de protección subsidiaria se les concede autorización de residencia y trabajo, acceso a educación, asistencia sanitaria, vivienda, asistencia social, etc., en las mismas condiciones que a los españoles (artículo 36).

(12) En 2005 fue concedido por el Ministro del Interior el primer asilo por motivos de género (una mujer víctima de violencia de género en su país, ante la total ausencia de protección por parte de las autoridades administrativas y judiciales de aquél). Los diputados y senadores han hablado en sus discusiones de matrimonios forzados, ablaciones de clítoris, persecuciones de personas con albinismo, persecuciones de homosexuales, etc.

La nueva Ley de Asilo

II

5.º En relación con los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado ya no se hace remisión expresa a la Convención de Ginebra y el Protocolo de N.Y., sino que se definen de forma detallada en la propia Ley los conceptos de:

- Agentes de persecución (o causantes de daños), artículo 13, incluyendo a los agentes no estatales.
- Agentes de protección (artículo 12), incluyendo a los partidos u organizaciones, incluso internacionales, que controlen el Estado o una parte considerable de su territorio.
- «Actos de persecución» como violencia física o psíquica y violencia sexual, medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de forma discriminatoria, procesamientos o penas desproporcionados o discriminatorios y otros (artículo 6), y «motivos de persecución» (artículo 7) para el reconocimiento del derecho de asilo.
- «Daños graves» (artículo 10) para la concesión de la protección subsidiaria, entre los que se encuentran la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material, la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante.

6.º La nueva Ley especifica las «causas de exclusión» para el reconocimiento del derecho de asilo (artículo 8) y de la protección subsidiaria (artículo 11). Con la anterior regulación se remitía a los artículos 1.F) y 33 de la Convención de Ginebra.

En la actualidad, transcribe estos preceptos, añade el contenido del apartado D del artículo 1 de la Convención de Ginebra, y aclara el concepto «grave delito común» como causa de exclusión de la protección internacional.

7.º Se prevé expresamente en la Ley el supuesto de los «refugiados *sur place*» en el artículo 15 («necesidades de protección internacional surgidas *in situ*»). Antes se recogía en el Reglamento en el artículo 7, cuando regulaba el plazo para la solicitud de asilo.

8.º En relación a los derechos de los solicitantes de protección internacional (los *asylum seekers* en terminología anglosajona), la nueva Ley establece que desde el primer momento tienen derecho a asistencia sanitaria y a asistencia jurídica gratuita (preceptiva cuando la solicitud se hace en puesto fronterizo), que se extenderá a toda la tramitación del procedimiento (artículo 16.2). Igualmente tienen derecho a intérprete.

Como novedad, se garantiza la confidencialidad de toda la información relativa al procedimiento para evitar que el solicitante pueda quedar desprotegido por malas prácticas administrativas que se dieron en el pasado.

La nueva Ley recoge en su artículo 18 un elenco sistematizado de derechos y obligaciones, mientras que en la anterior regulación éstos se hallaban dispersos.

Los artículos 30 y 31 recogen expresamente los derechos sociales generales y las condiciones de acogida que habrán de tener los solicitantes de protección internacional, estableciéndose como principio general el del mantenimiento de la unidad familiar (artículo 31.2), así como la evaluación de las diferentes necesidades de los solicitantes, de los detenidos o de los que se hallen en un puesto fronterizo.

Se establece en el artículo 32 de la nueva Ley la posibilidad de que el solicitante sea autorizado a trabajar de conformidad con la normativa de extranjería (pero, como la propia Ley 12/2009 condiciona esta autorización a lo que se pueda determinar reglamentariamente, desconocemos si los términos serán iguales o menos favorables que lo que determinaba el artículo 15.2 del Reglamento de la anterior Ley de asilo).

9.º La nueva Ley establece un único procedimiento para la solicitud de protección internacional, ya vaya dirigida a la obtención de asilo o de protección subsidiaria.

La solicitud debe hacerse mediante una comparecencia personal (artículo 17.1) en los lugares que se determinarán reglamentariamente, o mediante representante en caso de imposibilidad física (¿polizones?) o legal (menores, incapaces). En este momento, el solicitante será informado «en una lengua que pueda comprender» acerca del procedimiento que debe seguirse, de sus derechos y obligaciones durante la tramitación y, como solicitantes de protección internacional, de la posibilidad de contactar con ACNUR y otras ONG¹³. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal individualizada como regla general (artículo 17.4) y las personas encargadas de efectuar la entrevista informarán a los solicitantes sobre cómo cumplimentar la solicitud (artículo 17.6).

El principal efecto de la solicitud es la prohibición de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud o ésta no sea admitida, suspendiéndose cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente (artículo 19), aunque podrá entregarse o extraditarse a otro Estado miembro de la UE o ante órganos judiciales penales internacionales en un país tercero.

10.º Se prevé que el plazo ordinario de tramitación sea de seis meses, ampliables de conformidad con la Ley 30/1992, informándose en ese caso al interesado (artículo 19.7). El silencio administrativo es negativo.

11.º Intervención de ACNUR en los procedimientos (artículos 34 y 35): Se mantienen en la nueva Ley las garantías de intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados tanto en el momento de la solicitud por el interesado como durante la tramitación posterior de la petición, pudiendo estar presente el representante del ACNUR en las audiencias a los solicitantes y aportar los informes que considere necesarios para el expediente. El representante en España de ACNUR será convocado a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (con la anterior regulación tenía voz pero no voto).

Igualmente se dará audiencia al ACNUR antes de dictarse las resoluciones de denegación o de no admisión a trámite en los supuestos de solicitudes en frontera y, del mismo modo, en el procedimiento de urgencia cuando la propuesta de la Oficina de Asilo y Refugio fuera desfavorable (en este último caso, el ACNUR podrá informar lo que estime pertinente en el plazo máximo de 10 días).

(13) Esta información, tradicionalmente, venía dándose por escrito en un folleto en lengua española, inglesa, francesa y árabe. Sin embargo, ACNUR ha constatado y denunciado que en demasiadas ocasiones los solicitantes de asilo no saben leer, o bien no entienden el alcance de conceptos tan importantes como «asilo». Por ello, habrá que esperar a ver si con la nueva normativa se mejora la manera de informar a los interesados.

La nueva Ley de Asilo

II

Sin embargo, no se recoge expresamente en la nueva Ley (habrá que estar al nuevo Reglamento) la audiencia preceptiva al ACNUR en los supuestos de reexamen en solicitudes en frontera (artículo 21 del viejo Reglamento).

Parece ser que la nueva Ley ha suprimido la suspensión del acto administrativo denegatorio del reexamen y la subsiguiente entrada del peticionario en territorio español, cuando el ACNUR hubiera informado favorablemente a la admisión a trámite y el solicitante interpusiera recurso judicial contra la resolución denegatoria (antiguo artículo 21.2 de la Ley 5/1984 reformada).

En la actual Ley (artículo 29 «Recursos») la única especialidad que se recoge es que, cuando se interponga recurso contencioso-administrativo y se solicite la suspensión del acto recurrido, dicha solicitud tendrá la consideración de especial urgencia del artículo 135 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

12.º Normas de procedimiento.

En la nueva Ley se elimina la posibilidad de solicitar asilo propiamente en misiones diplomáticas en el extranjero. Se comentará esta cuestión más adelante.

Se establecen dos tipos de procedimiento para la tramitación de la solicitud, el ordinario (artículo 24) y el de urgencia (artículo 25) para solicitudes manifiestamente infundadas, presentadas fuera de plazo sin justificación, solicitantes internados en CIE, solicitantes con necesidades específicas, que planteen cuestiones sin relación con examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado, que el solicitante sea procedente o nacional de un tercer país seguro, cuando el solicitante incurra en supuestos de exclusión o denegación de reconocimiento de la condición de refugiado.

Ambos procedimientos concluyen con resolución motivada del Ministro del Interior concediendo o denegando el derecho de asilo o la protección subsidiaria, previa propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.

Aunque en la actual Ley no se habla de fase de «inadmisión a trámite», lo cierto es que sigue existiendo una fase previa de admisibilidad de las solicitudes, tanto de las presentadas dentro del territorio español (artículo 20) como en puestos fronterizos (artículo 21.1), en buena parte continuista del artículo 5.6 de la Ley 5/1984 reformada, aunque se incluyen como nuevas causas de «no admisión a trámite» la procedencia de un tercer país seguro de conformidad con la Directiva 2005/85/CE [artículo 20.1.d)] y cuando el solicitante sea nacional de un Estado miembro de la UE.

Como novedad, señalar que la nueva Ley, en su artículo 21, amplía el plazo para notificar la inadmisión a trámite de solicitudes en frontera (hasta 4 días desde la solicitud, antes era un plazo máximo de 72 horas)¹⁴. Este extremo se comentará más adelante.

También se amplía el plazo para la petición de reexamen (ahora a 2 días desde la notificación, antes el plazo era de 24 horas)¹⁵.

(14) Este extremo ha sido muy criticado por organizaciones como CEAR y AI.

(15) Idem.

Se reduce el plazo para notificar la inadmisión a trámite de solicitudes en territorio español (ahora el plazo máximo es 1 mes desde la presentación de la solicitud, artículo 20.2, antes era de 60 días).

13.º El Título V prevé por primera vez disposiciones específicas para atender a los menores y otras personas vulnerables solicitantes de protección internacional (artículos 46 y ss.), en especial a los Menores No Acompañados¹⁶.

Sin embargo, del tenor de la regulación legal, y a falta de lo que pueda determinar su Reglamento, surgen dudas acerca de si se van a articular procedimientos para una correcta identificación de refugiados o posibles solicitantes de asilo entre los menores no acompañados que llegan en demasiadas ocasiones en pateras o cayucos a las costas españolas, por poner un ejemplo, ya que ACNUR ha constatado que no se les está informando adecuadamente de su derecho a solicitar asilo¹⁷.

14.º Se establece que el marco de protección de esta nueva Ley se aplicará también a las personas acogidas en España en Programas de Reasentamiento, como novedad y compromiso adquirido con el ACNUR.

15.º Por mandato expreso de la Ley, el Gobierno habrá de dictar, en el plazo máximo de 6 meses, las disposiciones reglamentarias que sean precisas para el desarrollo de la Ley.

V. PRINCIPALES CRÍTICAS A LA NUEVA LEY

A) Exclusión de los ciudadanos de la Unión del derecho a solicitar asilo

Esta exclusión puede ser contraria a la Convención de Ginebra de 1951, que reconoce el derecho a solicitar asilo de manera universal a todas las personas, tengan la nacionalidad que tengan, o no la tengan en ningún caso. De conformidad con la Convención de Ginebra, un nacional comunitario sí podría solicitar asilo en otro Estado miembro de la Unión y, tras el análisis individualizado concreto, reconocerle la condición de refugiado.

La justificación de tal exclusión proviene de las propias directivas europeas, partiendo de posiciones ideales en las que todos los Estados miembros de la Unión son Estados de Derecho que protegen y garantizan todos los Derechos Humanos a todos sus nacionales sin que puedan existir persecuciones individualizadas por motivos políticos, ideológicos, religiosos, o de otro tipo.

Sin embargo, no puede obviarse que entre los Estados miembros no todas las legislaciones son igual de garantistas, ni la aplicación de las leyes es igual de rigorista en todos ellos. Baste recordar los problemas existentes en relación con las minorías gitanas en algunos países del Este y los últimos informes al respecto de la Agencia de Derechos Fundamentales¹⁸.

(16) A las Islas Canarias han llegado por mar menores no acompañados de hasta siete años de edad. Véase, ACNUR: *Protección de los refugiados y migración internacional: revisión del papel del ACNUR en las Islas Canarias, España*, abril de 2009.

(17) Véase informe reseñado en la Nota anterior.

(18) Véase, Agencia de Derechos Fundamentales: *Housing conditions of Roma and Travellers in the European Union - Comparative report (20/10/2009 - October 2009)*.

La nueva Ley de Asilo

II

B) Desaparición del derecho a pedir asilo en las embajadas españolas

La anterior normativa señalaba expresamente que las representaciones diplomáticas españolas en el extranjero eran uno de los lugares en los que podía formularse una solicitud de asilo (artículo 4 de la Ley 5/1984 reformado por la Ley 9/1994), que era cursada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, iniciándose de esta manera el procedimiento propiamente dicho para examinar si a tal persona se le reconocía o no la condición de refugiado y la concesión de la protección del asilo.

Con la nueva Ley esta posibilidad desaparece, ya que la solicitud de «protección internacional» (ya no de «asilo») hecha ante embajadas y consulados dependerá de la valoración del propio embajador, a fin de promover o no el traslado del solicitante de asilo a territorio español «para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley». Esto es, la solicitud hecha ante embajada no se considera como tal, puesto que no tiene la virtualidad de iniciar el procedimiento para el reconocimiento de protección internacional.

No se entiende bien el porqué de la desaparición de esta vía de acceso al procedimiento para el reconocimiento de la protección del asilo, puesto que el hecho de que ninguna directiva europea recoja tal posibilidad no es óbice para que España la siguiera manteniendo como una peculiaridad de su sistema de asilo, sobre todo teniendo en cuenta que no es muy utilizada (pero sí ha sido muy útil a personas concretas que, necesítandolo, han logrado la protección internacional a través de su solicitud ante embajada, sin ser obligadas a llegar hasta el puesto fronterizo o el territorio español). La armonización de legislaciones europeas no debe ser «a la baja», puesto que las directivas sobre asilo lo son de mínimos.

La Ley 12/2009 remite al futuro Reglamento de desarrollo en cuanto al procedimiento para «evaluar las necesidades de traslado» de los solicitantes de asilo, así como a «las condiciones de acceso a las embajadas y consulados» de los solicitantes.

C) Introducción de fórmulas jurídicamente indeterminadas

Podemos detectarlas en algunas de las causas de «no admisión a trámite», de denegación de la solicitud de protección internacional y de exclusión, como la de proceder de «un tercer país seguro» [artículo 20.1.d)], constituir «un peligro para la seguridad interior o exterior de España o para el orden público» [artículo 11.1.d)], o «personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad» [artículo 11.2.b)].

Este tipo de fórmulas jurídicas ambiguas generan siempre incertidumbre y, a la postre, inseguridad jurídica, y habrán de ser aclaradas por la jurisprudencia que se vaya elaborando.

El propio concepto de «tercer país seguro», como causa de no admisión a trámite de una solicitud, podría estar vulnerando la obligación que la Convención de Ginebra impone de estudiar cada caso de forma individualizada.

D) En los casos de solicitud de protección internacional en puestos fronterizos, se ha ampliado el plazo para notificar la inadmisión a trámite

Con la anterior normativa era un plazo máximo de 72 horas y ahora es de hasta 4 días desde la solicitud (artículo 21.1), pudiendo llegar hasta 10 días en ciertos casos (artículo 21.3).

Durante estos plazos el solicitante debe permanecer «en las dependencias habilitadas al efecto», es decir, no puede salir de las dependencias que la Policía de fronteras habilita en tales puestos fronterizos.

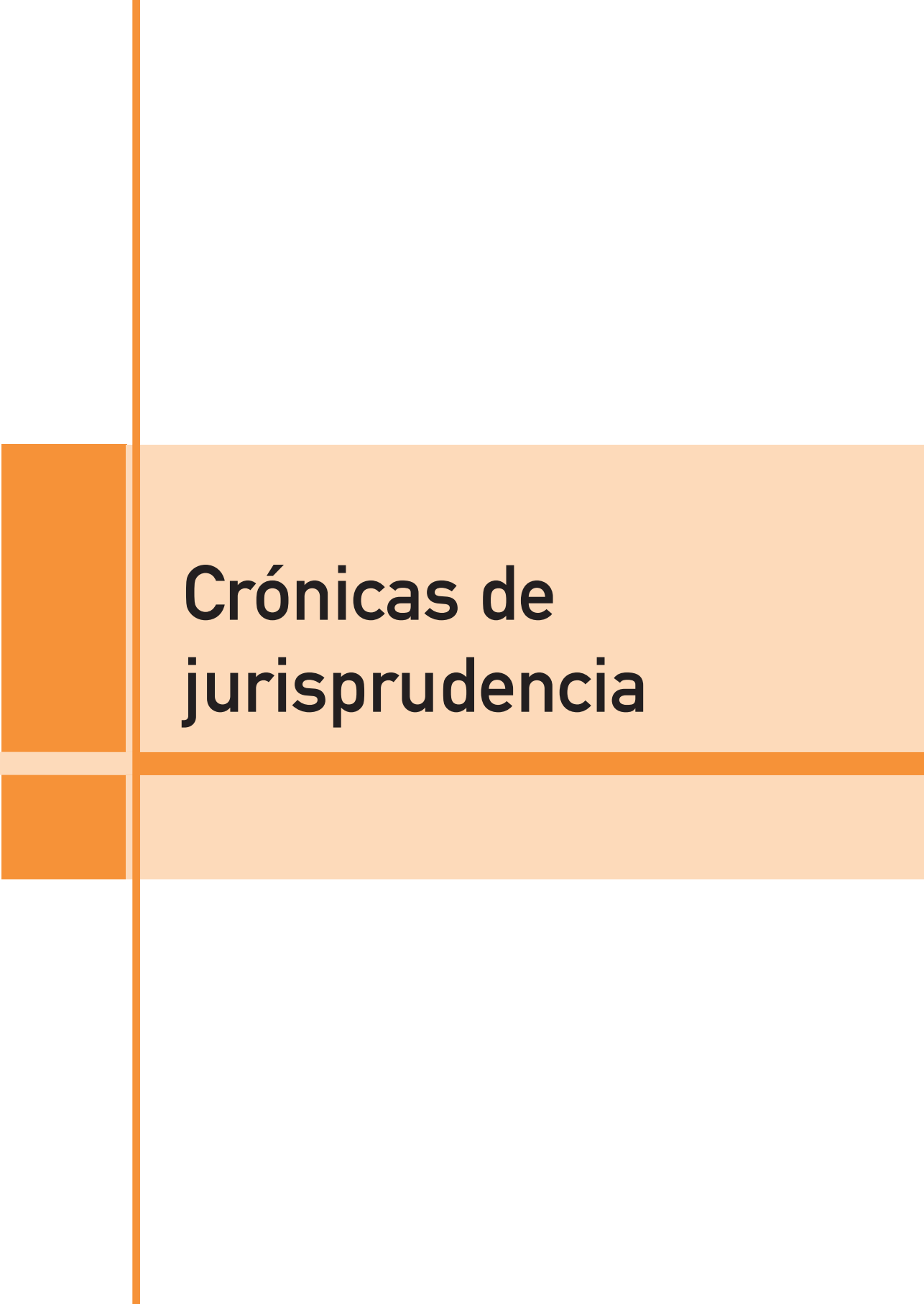
VI. CONCLUSIONES

La nueva Ley de Asilo ha venido a renovar la regulación del refugio y asilo en España, introduciendo importantes novedades tanto respecto a motivos de persecución de las personas que serán reconocidas como refugiados como al reconocimiento del mismo tipo de protección a los beneficiarios de protección subsidiaria (personas que, no cumpliendo los requisitos para ser reconocidos como refugiados, se hacen acreedoras de la más alta protección del Estado español por el riesgo de daños graves si regresan a su país de nacionalidad o de última residencia).

Igualmente la nueva Ley establece una serie de normas muy necesarias en relación con los Menores No Acompañados y otras personas en situación de especial vulnerabilidad, que no habían sido objeto de regulación específica en la anterior Ley.

Sin embargo, esta Ley ha excluido a los ciudadanos de la Unión de la posibilidad de solicitar asilo en España, lo que ha sido muy criticado por ser potencialmente contrario a la Convención de Ginebra de 1951, incluyendo también conceptos ambiguos como el de «tercer país seguro» para justificar la denegación o inadmisión a trámite de una solicitud.

En cualquier caso, lo que resulta evidente es que esta nueva regulación es, en general, positiva y que ha sido objeto de apasionados debates en el Congreso y Senado, donde se ha escuchado como nunca las opiniones del ACNUR y las principales organizaciones no gubernamentales de ayuda a los refugiados.

The page features a decorative design with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands intersect this line, creating a cross-like structure. The top band is wider and contains the title text, while the bottom band is narrower. The background is white.

Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 29 de mayo de 2009.

Recurso de Casación: 4397/2006.

Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido López.

Voz: Denegación de asilo: nacionalidad rusa. No se acredita la existencia de una persecución individualizada.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Los hechos alegados responden a una situación generalizada de conflicto existente en el país de origen.

«Los recurrentes justificaron su solicitud de asilo en los siguientes hechos: son de nacionalidad rusa, si bien vivieron hasta el año 1990 en la República de Kazajstán, cuando, ante la inminente desintegración de la Unión Soviética, se marcharon a Rusia. Al poco de llegar, en el 1991, le es concedido a la familia un pequeño terreno donde levantaron ellos mismos su vivienda. En el año 1994 perdieron sus empleos, viéndose abocados a subsistir merced a trabajos esporádicos y a la explotación del huerto de la familia y a la cría de unos pocos animales de granja. Manifiestan que tal situación de penuria venía provocada fundamentalmente por el aislamiento al que se sometió a la familia por parte de la población de Gornozavoski, donde residían, la cual los rechazaba por proceder de Kazajstán.

La situación se tornó más grave a partir de 1994, cuando se declara la guerra contra los independentistas de Chechenia, cuyo territorio se hallaba a unos 70 kilómetros de su pueblo. En aquel año estallaron las acciones de los rebeldes chechenos contra aquella población, sucediéndose en el territorio de Stavropol continuos actos de pillaje como robos de vehículos y animales, así como atentados bomba en sitios públicos. En el año 1995 les fue robado el

coche, y tuvieron que padecer una difícil situación cuando el colegio de su hija tuvo que ser desalojado a causa de una amenaza de bomba. Su hija sufrió un corte en la cara y la llevaron al médico de la localidad de Kulakov para que fuera examinada, pero ante la falta de medios con los que atender a la niña, el facultativo les indicó que no los podía atender, decidiendo trasladarla a un centro hospitalario a 30 kilómetros de su domicilio sin facilitarles ningún medio de transporte. También en el año 2001, cuando se encontraban en el mercado de la ciudad de Projladne, se les acercaron unos individuos y les pidieron dinero, y ante su negativa, fueron amenazados, y en el viaje de regreso a casa les asaltaron en el coche, robándoles y golpeándoles.

Ante esa situación de peligro que se vive en la casi totalidad de la zona del Cáucaso, se marcharon del país.

(...). Toda la información consultada hace mención a los conflictos étnicos que vive el Cáucaso Norte, pero los que tienen allí problemas son los otros pueblos caucásicos, ya bien provenientes de otras repúblicas independientes (georgianos, armenios, azerbaiyanos) como de otras repúblicas rusas (dagestaniés, kabardinos, balkarios, inghushetios, osetios y, sobre todo, chechenos).

Pone de manifiesto, efectivamente, que el propio solicitante informa que cuando regresó de Kazajstán las autoridades le facilitaron una parcela para cultivar, donde construyó una humilde casa.

En definitiva, como se indica en el Informe, los hechos alegados por los recurrentes responden a la situación general que se vive actualmente en la Federación Rusa, sumida en una grave crisis económica, política y social, y que afecta a todos los habitantes con carácter general, como la situación de inseguridad, deficiencia de medios sanitarios y materiales, en general, alegados por los recurrentes.

Asilo

Desvirtúa, también, la Instrucción la afirmación que hacen a su situación por vivir en la frontera chechena, poniendo de manifiesto que entre el área de Stravopol y Chechenia se interponen las repúblicas de Kabardino-Balkaria, Osetia del Norte e Inghusetia, y que, siendo cierto que el Cáucaso Norte está padeciendo las influencias del conflicto chechenio, no en los términos que el solicitante dice, pues lo único que ocurre es que la delincuencia común es mayor, y que la vida de los ciudadanos de origen caucásico (que no es el caso) se ha vuelto ciertamente difícil.

En consecuencia, la decisión administrativa adoptada se ha producido con racionalidad y está justificada en datos objetivos basados en la información disponible sobre el país de origen, y por tanto, la misma ha de ser confirmada, toda vez que no ha resultado acreditada la existencia de una persecución individualizada motivada por alguna de las causas justificativas de la concesión de asilo (...) pues los hechos alegados responde como se ha señalado a una situación generalizada existente en el país de origen de los recurrentes, y que afecta a todos sus habitantes, y no en particular a éstos por su procedencia de Kazajstán”.

(...).

Maticemos, en este sentido, que podemos descartar como razón determinante de la denegación del asilo la supuesta lejanía existente entre la localidad en que la familia solicitante se asentó (Gornozavodskoye) y el territorio de Chechenia, pues lo cierto es que frente a lo que se decía en el Informe de la Instrucción, Chechenia linda en parte con el territorio de Stravopol (donde se ubica esa localidad), y Gornozavodskoye no se encuentra precisamente alejada de Chechenia; pero aun así, sigue subsistiendo el dato de que los actores, en cuanto personas de nacionalidad rusa asentadas, tras su salida de Kazajstán, en territorio de Rusia, no debían esperar ningún temor a la persecución por parte de sus autoridades, más bien todo lo contrario; y si

en algunas sentencias hemos rechazado una aplicación incondicionada y acrítica del llamado “desplazamiento interno” como razón justificativa de desestimación del asilo (...), no es menos cierto que en este caso, atendidas las circunstancias concurrentes, un simple desplazamiento de los solicitantes hacia zonas más alejadas de aquella en que se asentaron hubiera permitido eludir la persecución que refieren».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 29 de mayo de 2009.

Recurso de Casación: 3511/2006.

Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido López.

Voz: Concesión de asilo: ciudadano de Guinea Ecuatorial. Agresiones personales graves.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado. Los hechos relatados por el solicitante son cercanos a su salida de su país de origen y por lo tanto a su petición de asilo, padeciendo un razonable temor de sufrir agresiones personales graves como consecuencia de su actividad política.

«A la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta y de las normas aplicables en materia de asilo es claro, a juicio de la Sala, que debe ser estimado el presente recurso y anulada la resolución impugnada, pues ni de los autos ni del expediente administrativo se desprenden las razones esgrimidas por la Administración para denegar la solicitud de asilo formulada por el recurrente, y sí, por el contrario, cabe apreciar, según la interpretación prescrita jurisprudencialmente, el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su otorgamiento. En este sentido, cabe señalar que en virtud de la actividad probatoria practicada en el procedimiento se desprende la existencia de material probatorio suficiente para acreditar que el demandante 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

asilo solicitado, padeciendo un fundado y razonable temor de sufrir agresiones personales graves en su país de origen, Guinea Ecuatorial, como consecuencia de su actividad política y de la inseguridad general allí existente.

(...) el Informe del ACNUR señala lo siguiente: “Con relación a la situación en Guinea del demandante, esta Delegación, a través del representante legal del recurrente, ha recibido una fotocopia de un certificado expedido por don Anacleto (...), máximo Representante del Movimiento para la Autodeterminación de la Isla de Bioko en España que certifica que Tomás es miembro activo del MAIB desde su creación en el año 1993. Además, este certificado describe las actividades en las que participó como miembro de dicho movimiento, así como la detención que sufrió en Moka en mayo de 2002. Este documento –sic– vendía a aclarar las dudas que surgieron durante el examen de su solicitud de asilo, y a las que hacía referencia también el Informe de la Instrucción relativas a su presunta pertenencia al MAIB. De hecho, esta Delegación ha podido encontrar en el Informe anual de Amnistía Internacional de 2003, que relata los hechos más destacados de 2002, una referencia a un episodio de detenciones que coincide con las alegaciones realizadas por el recurrente en su solicitud de asilo con ocasión del entierro en el que participó en mayo de 2002”. Continúa dicho Informe haciendo referencia a la situación de los bubis y de las personas pertenecientes al MAIB y a la grave situación de los derechos humanos en Guinea Ecuatorial, en particular, sobre la sistemática práctica de torturas y malos tratos.

Por otra parte, resulta de gran interés, el informe emitido por la Embajada de España en Malabo sobre el recurrente, en el que se afirma que “es cierto que pertenece al MAIB y que fue detenido y estuvo en la cárcel. Por lo visto con otras personas participaba en el arreglo de un camino, en el interior de la isla, cuando fueron detenidos y acusados de preparar una intentona militar. También sería cierto

que consiguió salir del país y desde Camerún llegó a España”.

En consecuencia, la Sala estima que en este caso aparece con toda evidencia la necesidad de protección de los recurrentes ante la realidad y vigencia de una persecución personal en su país, Guinea Ecuatorial, por causa prevista en la legislación aplicable en materia de asilo, como es en este caso por las diversas represalias padecidas por su origen y su actividad política en el MAIB, según los indicios aportados, lo que constituye un supuesto de los previstos en la legislación para otorgar la protección interesada, sin que frente a esta conclusión quepa oponer, como ha hecho el Abogado del Estado, una serie de consideraciones basadas en supuestas sospechas sobre la forma de obtención del pasaporte, ya puesta de manifiesto por la Instructora que no desvirtúan el relato acreditado de persecución”.

(...).

Así, dice el Sr. Abogado del Estado que el interesado no pudo sufrir persecución porque obtuvo pasaporte ecuatoguineano después de los hechos relatados y antes de salir de su país, pero tal circunstancia no reviste una entidad tal que permita relativizar los datos que acabamos de reseñar, más aún habida cuenta de que según expuso el mismo solicitante y se apunta también en el informe del Movimiento para la Autodeterminación de la Isla de Bioko, consiguió ese pasaporte de forma extraoficial gracias a la ayuda de una autoridad local de su país.

(...).

Aduce asimismo el Sr. Abogado del Estado que el mismo demandante ya había pedido asilo en 1999, siendo denegada la solicitud, pese a lo cual se le reconoció la permanencia en España por razones humanitarias. Ahora bien, incurre aquí el recurrente en casación en un claro error de apreciación, pues quien pidió asilo en 1999 y consiguió el reconocimiento del derecho a permanecer en España por ra-

Asilo

zones humanitarias no fue el propio demandante, Tomás, sino su hermano Desiderio, cuyo expediente consta incorporado a las actuaciones de instancia.

En fin, los hechos relatados por el solicitante no son, como ahora se pretende, genéricos sino referidos a su propia persona, y tampoco son remotos en el tiempo sino cercanos a su salida de Guinea Ecuatorial y su consiguiente petición de asilo. Además, están respaldados por una prueba suficiente como para aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son los “indicios suficientes”, para deducir que aquél cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3.1 de la misma Ley».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 3 de junio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 910/2008.

Ponente: Don Ángel Novoa Fernández.

Voz: Denegación de asilo. Eritrea: relato contradictorio y ausencia de persecución.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se deniega la solicitud para la concesión del derecho de asilo. No se aprecian temores de persecución ni existen razones que justifiquen su permanencia en España.

«La resolución de denegación se basó en que el relato de la solicitante resulta inverosímil en atención a la información disponible sobre el país de procedencia encontrándose que existen contradicciones entre lo alegado y dicha información disponible. También considera que los elementos probatorios aportados no son prueba suficiente y algunos de ellos inexistentes, como documentación que acredite que es quien dice ser, por lo que no se aprecian temores de persecución y tampoco existen razones que justifiquen la permanencia en España.

(...).

El relato de la recurrente parte de que nació en Eritrea en fecha 1 de enero de 1988, y ha permanecido de forma continuada sin salir de su país desde dicha fecha. En el año 2000, el 28 de diciembre tuvo que salir a pie por motivo de la guerra que se inicia entre Eritrea y Etiopía, produciendo un éxodo masivo de población. Asimismo, pertenece al grupo Sadaka y a la religión cristiano-católica.

Así el demandante explica cómo el 28 de diciembre de 2000, su madre le envió a comprar y cuando volvió pudo comprobar con sus propios ojos cómo sus padres y hermana habían sido asesinados y su casa quemada, huyendo entre el grupo de gente que al tiempo corría y gritaba.

Asimismo, se ha encontrado huyendo desde entonces por varios países, a los que ha llegado a pie, como Sudán, Libia, Argelia, Marruecos, hasta que en febrero llega también a Magnia, después durante tres años residió en Bellyonech, país al que llega a nado con salvavidas, hasta que el 6 de febrero de 2008 llega a España.

Debe considerarse acreditado el temor del solicitante a sufrir persecución si vuelve a su país en virtud de la documental que se aporta junto con la demanda, donde consta claramente los acontecimientos políticos y las violaciones de derechos humanos que se producen en el país de origen del solicitante, especialmente a los miembros del grupo a que pertenece el mismo.

Es necesario reseñar lo que consta en el Informe de la Instrucción según el cual resulta que no es posible saber si es quien dice ser; también se expone cómo la documentación no resulta para nada creíble y cómo sus manifestaciones resultan inverosímiles ya que se contradicen con la información consultada sobre su país de origen, en este sentido cabe señalar que en el año 2000 se firmaron acuerdos de paz entre Etiopía y Eritrea, y entre julio y

Asilo

noviembre de este año, se produjo el retorno de desplazados como consecuencia de la guerra. Por lo que es manifiestamente inverosímil que tuviera que salir en diciembre de 2008 como consecuencia de la guerra».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 10 de junio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 256/2009.

Ponente: Doña Ana María Sangüesa Cabezudo.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo: ciudadano de Kenia que huye debido a conflictos. Motivos humanitarios.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Los hechos alegados no merecen la protección demandada por carecer de vigencia actual.

«La sentencia que es objeto del presente recurso de apelación parte de los hechos que a continuación se expresan, de acuerdo con el relato que obra en el expediente administrativo. Así, dice, del expediente se desprende que “Don Rafael, quien dijo ser originario de Kenia, presentó solicitud de asilo el día 5 de marzo de 2008; en ella manifestaba que en diciembre de 2007 se produjeron en el país fuertes revueltas con motivo de la celebración de elecciones. En una de las revueltas su padre murió y él salió a la calle para recoger el cadáver que según le había contado su hermana se encontraba tirado en el suelo. Cuando salió a la calle observó que había mucho desorden y gente herida que se trasladaba a los hospitales. Regresó a casa y no encontró a sus hermanas. Decidió por ello salir del país y fue atravesando diferentes países hasta que llegó a Melilla; la Delegación en España del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) informó favorablemente la no admisión a trámite de esta solicitud; la Administración resolvió inadmitir la solicitud al amparo del artículo 5.6.d) de la Ley por ser las alegaciones manifiestamente inverosímiles”.

A continuación expone la Doctrina aplicable al supuesto contemplado, y concluye que “el actor no refiere actividad política alguna ni persecución de esta u otra naturaleza. Se limita a decir que se produjeron revuelos y por ello salió del país. Por otra parte el instructor informa que los disturbios derivados de aquellas elecciones carecen hoy de vigencia, pues se ha firmado un acuerdo político para superar la crisis (...) No puede tampoco olvidarse que la solicitud de asilo se presenta después de que se hubiera dictado contra él una orden de expulsión, circunstancia que apunta que la solicitud de asilo responde a la idea de evitar dicha orden. Finalmente debemos señalar que el hecho de que se recomiende a los turistas no viajar al país no significa por sí solo que la inseguridad general que pueda existir en él dé lugar a la concesión de asilo a todos sus nacionales, aun cuando no vivan situación alguna de riesgo. Resulta además que la apreciación de la Administración está apoyada por el ACNUR, que como es sabido es el órgano específico de Naciones Unidas para la protección de los refugiados y que, por este motivo, tiene conocimiento privilegiado de las circunstancias específicas de cada país en el que se viven conflictos de distintas naturalezas pero que afectan a la seguridad de sus respectivas poblaciones”.

(...).

La Administración entendió que los hechos relacionados por el interesado no merecen la protección demanda por carecer de vigencia actual, dado que con fecha 28 de febrero de 2008 se habría alcanzado un acuerdo entre los distintos partidos políticos keniatas, poniendo fin a los disturbios provocados con ocasión del proceso electoral en diciembre de 2007.

(...).

Es cierto que la petición de cita, ante la Administración, para la demanda de asilo lleva data de 25 de febrero de 2008, y resulta que el interesa-

Asilo

do manifestaba haber salido del Kenia, a finales de diciembre, con ocasión de los acontecimientos violentos acaecidos en esas fechas, los cuales también aparecen documentados a través de la prueba aportada en el acto de juicio. De ésta se desprende que en fechas próximas a la petición de asilo (25 de febrero de 2008) el ACNUR llamaba la atención acerca de la situación de emergencia de miles de desplazados, y de las ayudas realizadas en los asentamientos, como consecuencia del conflicto acaecido tras las elecciones (folio 30 de los autos principales).

Sin embargo, en la fecha en la que se resolvió acerca de la inadmisión (9 de mayo de 2008), podía entenderse que la situación de enfrentamiento tribal que había generado la salida del país había finalizado en virtud de los acuerdos alcanzados en febrero de 2008 (...). La Sala estima que puede reputarse manifiesta la desaparición sobrevenida de la necesidad de protección invocada por el solicitante (...), y que, en consecuencia, al no expresar el relato una persecución con vigencia actual, era de aplicación la letra d) del artículo 5.6 (...).

La Administración adjuntó al expediente documento de 14 de abril de 2008, en el que se especifica que “la crisis postelectoral en Kenia parece llegar a su fin después de que Pío, presidente de Kenia, nombrase el domingo un gobierno de coalición...”. Frente al mismo no pueden prevalecer los de fecha anterior, incorporados al acto de la vista, dado que documentan hechos acaecidos meses antes (diciembre-febrero).

(...) la nueva situación política del país evidencia que no existe una necesidad actual de protección, dado que la originaria situación de riesgo y conflicto ha desaparecido. Por el contrario, la parte apelante no ha aportado ningún dato que permita dudar de la eficacia de los acuerdos de paz y de la gobernabilidad del país, lo que nos lleva a entender que la causa de inadmisión fue apreciada de forma correcta, porque los hechos carecían de vigencia y actualidad en función de las nuevas circunstancias del país.

Por lo que respecta a las alusiones a la orden de expulsión que se incoó al interesado, el argumento se efectúa a mayor abundamiento. El mismo es ajeno a la causa de inadmisión apreciada, si bien, dadas las circunstancias en las que se ha producido la petición de asilo, aunque no se hubiera introducido el mismo el resultado del pleito no se hubiera modificado».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 16 de junio de 2009.

Recurso de Casación: 5917/2006.

Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido López.

Voz: Denegación de asilo. Ciudadano de Rusia. Negativa a incorporarse al ejército.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó el derecho de asilo. Es evidente una lejanía en el tiempo de los hechos alegados ya que la movilización general referida al conflicto chechenio al que alude su solicitud fue adoptada tres años antes de su solicitud de asilo.

«Contiene la sentencia de instancia la siguiente fundamentación jurídica (que transcribimos en cuanto ahora interesa):

(...). El demandante formula oposición a tal resolución y expresa que salió de Rusia por su rechazo a ir a la guerra de Chechenia; que por su edad (26 años) existen altas posibilidades de ser llamado a filas; que los chechenos quemaron el edificio donde se reunían; que en su país sufren graves atentados contra su integridad física y su libertad. El actor motiva su petición de asilo con base en “estar pendiente de hacer el servicio militar y tendría que ir a la guerra de Chechenia, casi con toda seguridad. Y por lo tanto en Rusia es considerado como un desertor y si volviese tendría graves problemas”.

(...).

Asilo

En este caso las alegaciones del recurrente quedan desvirtuadas claramente en el informe de la Instrucción del expediente que pone de relieve detalladamente las contradicciones del relato, que no quedan privadas de valor ni explicadas en la demanda. Así, no explica el recurrente su negativa a incorporarse al ejército, y si tal negativa responde a motivos étnicos, de conciencia o religiosos. Por otra parte destaca la Instrucción sin que ello haya sido desvirtuado de contrario que la movilización general fue adoptada por el Gobierno ruso en abril y junio de 2000; ello es destacable puesto que la petición de asilo se presenta en España el día 2 de abril de 2003, lo que deja carente de explicación la petición formulada por el actor 3 años después de la movilización indicada. La falta de una motivación que justifique la actitud del recurrente vinculando ésta a la salvaguarda de un derecho fundamental como es la libertad de conciencia o razones religiosas es lo que priva de virtualidad a la petición formulada; pues resulta obvio que el temor a las represalias derivadas de la simple desertión no justifica el otorgamiento de asilo. Además el solicitante tiene 26 años cuando sale de su país, edad próxima a la finalización del período militar.

(...).

Tampoco concurren razones humanitarias generadas por una situación de peligrosidad para la integridad física del interesado o para su vida, que no queda acreditada en el caso de autos, lo cual es exigible conforme a lo establecido en el artículo 31, apartado 3, del Reglamento de la Ley de Asilo que vincula las razones humanitarias a motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado (...). En este sentido la Sentencia de fecha 27 de mayo de 2006 de la Sección Quinta de nuestro Tribunal Supremo (recurso de casación núm. 287/2003) puntualiza que las razones humanitarias a que se refiere el artículo 17.2 de la Ley de Asilo “rectamente entendidas no son cualesquiera razones de humanitarismo, sino aquellas

que se conectan al nivel de riesgo y desprotección que en el país de origen del solicitante pueda existir para derechos tales como la vida, la seguridad y la libertad como consecuencia de disturbios graves de carácter político, étnico o religioso”.

(...).

El actor reitera el relato que expuso al pedir asilo, pero no desarrolla ninguna argumentación eficaz para rebatir las valoraciones de la instructora del procedimiento, en el detallado informe desfavorable que consta a los folios 3.1 y ss. del expediente, acerca de las debilidades de ese relato (tanto por su propia vaguedad como por la edad del solicitante al tiempo de pedir asilo en España, y por la circunstancia de referirse a hechos alejados en el tiempo, pues la movilización general referida al conflicto checheno fue adoptada por el Gobierno ruso en el año 2000, esto es, 3 años antes de la petición de asilo); valoraciones, estas, que determinaron la decisión administrativa denegatoria del asilo y la ulterior desestimación del recurso contencioso administrativo.

Incluso dando por cierto que el actor hubiera salido de Rusia para eludir el cumplimiento del servicio militar, es ya reiterada la jurisprudencia que ha declarado que la mera condición de desertor o prófugo del servicio de armas no constituye, sin más, causa que justifique el reconocimiento de la condición de refugiado (...).

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 15 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 568/2009.

Ponente: Doña María del Carmen Ramos Valverde.

Voz: Asilo: escritor cubano perseguido.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo. Quedan acreditadas las amenazas recibidas por el

Asilo

recurrente consistentes en decirle que le encarcelarían si persistía en sus ideas contrarias al régimen cubano.

«El recurrente, natural de Cuba, impugna la resolución de 30 de octubre de 2008 por la que se deniega el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo.

Alega la parte como fundamento de su pretensión, que es escritor y tras la presentación de su último libro, fue perseguido por las autoridades cubanas, siendo objeto de minuciosos registros en su casa, llevándose todos sus libros y manuscritos. La policía le hizo un “acta de advertencia”, con amenazas de encarcelarlo si persistía en sus ideas, contrarias al Régimen. Consiguió salir de Cuba gracias a la Iglesia Católica. Gano el premio Vitral de narrativa en el año 2006 y poco después cerraron la editorial que la había publicado. Por todo ello teme por su seguridad y la de su mujer e hijos en caso de ser devuelto a su país.

En el supuesto que contemplamos, tras el examen del expediente administrativo, considera la Sección que el relato efectuado por el solicitante de asilo es cierto y permite deducir la existencia de indicios suficientes para acreditar, con razonable certeza, que coincide con la realidad, revelando un riesgo como consecuencia de sus discrepancias políticas.

Así, en efecto (...), la resolución del Ministerio del Interior de la República de Cuba de “Entrada y registro” en el domicilio del Sr. Norberto, donde se ocuparon: revistas, dos declaraciones de derechos humanos, más tres diarios.

(...) consta la “Advertencia Oficial” en la que se puede leer lo siguiente: “Advertirle al ciudadano que de continuar con tenencias de literatura subversiva, además de manifestarse en contra de nuestro proceso revolucionario y de pertenecer a grupúsculos de la mal llamada disidencia, quedará expuesto a un Tribunal revolucionario. Se le advierte además de que de continuar escribiendo textos que calum-

nien y tergiversen la realidad cubana, se le procesará por propaganda enemiga, según establece la Ley”.

También obra (...) la “Diligencia de citación” de 1 de febrero de 2006 que se le hizo durante la visita que efectuó a un familiar en La Habana, que acredita el control establecido sobre el recurrente en todos sus movimientos por la Isla.

Por último (...) obra parte médico de 24 de enero de 2006 mediante el cual se acredita que fue conducido por las “Autoridades” por presentar “Trauma” (contusión) con herida del 5.º dedo de la mano derecha.

Por todo ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Convenio de Ginebra, procede conceder el asilo solicitado».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 15 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 248/2009.

Ponente: Doña Ana Isabel Martín Valero.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo: Nigeria. No acredita nacionalidad.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmitió a trámite su solicitud de asilo. El recurrente no aportó documento alguno justificativo de su identidad y nacionalidad.

«La Sentencia de instancia desestima el recurso, al considerar que concurre la causa de inadmisión apreciada por la Administración, puesto que se aprecia la falta de coherencia en el relato del recurrente, ya que los hechos a que se refiere no guardan relación entre sí. Y además, resulta que es el actor el que considera que venían a buscarle a él, sin que nada lo avale, ni siquiera el cargo que ocupa en el partido; que tampoco es correcto que no denuncie estos hechos a la policía, y menos aún que decida abandonar el país de manera inmediata a los mis-

Asilo

mos. Que no aporta tampoco ningún documento que indiciariamente sostenga sus manifestaciones, y ni siquiera aporta documentación que acredite su personalidad y nacionalidad, ni ofrezca razón alguna del motivo por el que no dispone de ella. Que a mayor abundamiento resulta que antes de llegar a España y solicitar asilo, reside en Níger, de donde dice salir porque es un país de mayoría musulmana, sin que conste que allí sufra persecución alguna. Pero luego va a Senegal, donde tampoco consta persecución, y sin embargo, abandona dicho Estado para llegar a España sin dar razón alguna para ello, algo que no es propio de un perseguido, y sí de quien emigra por motivos económicos, los cuales han de tener cauce en la legislación de extranjería y no en la de asilo, como parece pretenderse.

El recurrente discrepa en el escrito de apelación de los fundamentos de dicha Sentencia, e insiste en el hecho de que, con independencia de otros datos aportados en el relato que realiza, la base sustancial que motiva su petición de asilo radicaba en el hecho de la grave situación de acoso y persecución de carácter político sufrido por el mismo en su país de origen, Nigeria, y a raíz de su pertenencia al grupo político nigeriano denominado AD (Alianza Democrática), persecución realizada por su adversario político que controlaba el poder en Nigeria, el PDP (Partido Democrático del Pueblo), siendo el Presidente de Nigeria Sr. D. Cayetano. Que dicha persecución se realizaría por un grupo radical y violento utilizado por el PDP, y denominado OPC, grupo de carácter paramilitar que incluso procedió a personarse en su domicilio en Lagos, a finales del mes de diciembre de 2006, intentando derribar la puerta de entrada del mismo y disparando sus armas, razón por la que un amigo suyo falleció. Entiende que de dicho relato pormenorizado se desprende claramente una situación de persecución por motivos ideológicos o políticos, y que supone un riesgo para el mismo la no admisión a trámite de su solicitud de asilo y regreso a su país, Nigeria. También se muestra disconforme con la Sentencia de instancia cuando afirma que no apor-

ta ningún documento que acredite su personalidad o nacionalidad, puesto que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es factible la exigencia de prueba plena en la fase de admisión a trámite de la solicitud de asilo.

(...).

A ello hay que añadir que el recurrente no ha acreditado que realmente sea nacional de Nigeria, puesto que no aportó documento alguno justificativo de su identidad y nacionalidad. Es cierto que en el trámite de admisión de la solicitud de asilo no es exigible una prueba plena de la persecución invocada, pero sí es obligación del solicitante de asilo acreditar su identidad ante las autoridades españolas (...); obligación que en este caso no ha sido cumplida por el ahora apelante, lo que implica que no pueda otorgarse la suficiente verosimilitud a su relato en el contexto y país referidos».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 15 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 185/2009.

Ponente: Doña Ana Isabel Martín Valero.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo: Somalia. No acredita nacionalidad.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmitió a trámite su solicitud de asilo.

«(...) la demandante de asilo, que carece de documentos que justifiquen la nacionalidad que dice tener, se atribuye una que realmente no ostenta con la finalidad de buscar una apariencia que otorgue credibilidad y fundamento a su solicitud. Que ello viene refrendado por el informe del ACNUR que es desfavorable a la admisión a trámite de la solicitud de asilo, por existir serias dudas acerca de la veracidad de la nacionalidad alegada por la interesada. Que la fundamentación en la que descansa el acto administrativo no ha sido desvirtuada debidamen-

Asilo

te por la demandante, que se limita en su impugnación a decir que la resolución carece de fundamento al no considerar a la recurrente nacional de Somalia, no siendo suficiente que se alegue el terror en que vivía por causa de la guerra y de la ocupación de su país por parte del ejército de Etiopía, y la inseguridad y el miedo que ello le produce. En definitiva, que no cabe invocar genéricamente la situación de país de procedencia para, a su amparo, obtener la admisión a trámite de la situación de asilo.

(...).

La ahora apelante vino a España con el que dice ser su esposo (aunque afirma no poder demostrar que está casados), Evaristo, y en su solicitud de asilo se remitió a todo lo contado por éste en su petición de asilo.

Pues bien, esta misma Sala y Sección ya ha resuelto, en sentido desestimatorio, el recurso de apelación interpuesto por este último en relación con su petición de asilo, en Sentencia de fecha 21 de enero de 2009 (apel. 276/2008); recurso en el que se invocaban los mismos motivos que ahora intenta hacer valer la apelante.

A la misma conclusión desestimatoria hemos de llegar en el presente recurso, puesto que las alegaciones expuestas por la apelante no desvirtúan los argumentos de la Sentencia de instancia, ni las razones –asumidas por el Juez *a quo*– que llevaron a la Administración a inadmitir a trámite la solicitud de asilo de la ahora apelante por la causa contemplada en el subapartado d) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo, esto es, que la solicitud de asilo “... se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsas, inverosímiles o que por carecer de vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección”.

Ello por entender que el solicitante había formulado la petición alegando una determinada nacionalidad, y sin embargo, a la vista del conjunto de informaciones recogidas en el expediente, puede

deducirse que tal atribución de nacionalidad no se corresponde con la que realmente pueda ostentar la interesada, buscando de este modo conceder credibilidad a las alegaciones aducidas.

Así, además de la circunstancia señalada en la Sentencia de instancia, relativa insuficiencia de la mera invocación de la situación del país de procedencia para determinar, por sí sola, la admisión a trámite de la solicitud de asilo, la ahora apelante, como se ha dicho, no ha justificado que realmente sea nacional de este país, toda vez que entró en España sin documentación acreditativa de su verdadera identidad y nacionalidad, incumpliendo la obligación de todo solicitante de asilo de acreditar su identidad ante las autoridades españolas (...), mediante la aportación de sus documentos de identidad personal, debiendo justificar la causa de su omisión en caso de no presentarlos (...), lo que no ha tenido lugar en el caso de autos, circunstancia esta puesta de manifiesto incluso por el ACNUR en su informe, en el que manifiesta que no existe desacuerdo con la propuesta de inadmisión a trámite “al existir serias dudas acerca de la verdadera nacionalidad que alega ostentar la solicitante”.

Tal circunstancia no permite, por tanto, otorgar suficiente credibilidad a sus alegaciones en el país y contexto relatados, tal y como apreció la Administración en base a las razones que se expresan en el Informe de la Instrucción obrante en el expediente y que sirve de fundamento a la resolución, la cual, y en consecuencia la sentencia que la confirma, es adecuada al ordenamiento jurídico, y contiene una motivación suficiente de las razones por las que estima que los hechos en que se fundamenta la solicitud de asilo carecen de verosimilitud».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 22 de julio de 2009.

Recurso de Casación: 1828/2006.

Ponente: Don Rafael Fernández Valverde.

Asilo

Voz: Asilo: nacional de Colombia. Médico gerente de hospital: ausencia de indicios.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó el reconocimiento y el derecho de asilo.

«En síntesis, se pretenden deducir esos necesarios indicios de las dificultades que el recurrente y su esposa, ambos médicos, han tenido para desarrollar su labor profesional; en concreto, el recurrente, para desempeñar su labor de Gerente del Hospital de Guaviare. Según ha expuesto con reiteración, recibió llamadas telefónicas en las que se vertían improperios, se le conminaba a no atender a determinados pacientes, o se le solicitaban cambios de turnos de auxiliares de enfermería para poder acceder a enfermos heridos de bala. Sin embargo, no consta que tales hechos fueran puestos en conocimiento de las autoridades colombianas (sólo en Defensoría del Pueblo), si bien figura inscrito en el Sistema Único de Registro de Población desplazada por la Violencia de la denominada Red de Solidaridad Social. Según expone, por tales circunstancias no pudo aguantar la presión del entorno hospitalario, marchando a Bogotá, al igual que hiciera su esposa –también trabajadora del Hospital– al aparecer quemada su motocicleta, saliendo para España donde pidió el asilo político, que le es negado por el Gobierno español al considerar su relato inverosímil y contradictorio, y del que no puede deducirse la existencia de persecución, al entender que podía haber encontrado protección eficaz por parte de las propias autoridades colombianas, considerando insuficientes los medios probatorios aportados (incluso teniendo dudas en relación con el certificado de la Red de Solidaridad Social).

El motivo debe ser rechazado. En las SSTs de 26 de julio y 14 de diciembre de 2006 (...), ambas referidas a solicitantes de asilo colombianos, hemos dicho que en el contexto de la situación político-social de Colombia, sí existe un elemento, nota o característica que por cumplir lo exigido en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley española de Asilo

5/1984 es susceptible de definir e identificar a un determinado grupo social, que es percibido como diferente en aquella sociedad y cuyos miembros están expuestos a actos de persecución de la gravedad indicada. Ese elemento, nota o característica es la condición de hacendados a quienes se atribuye una privilegiada situación económica. Empero, situados en esta perspectiva, hemos precisado en Sentencia de 26 de septiembre de 2008 (...) que no toda extorsión o secuestro con finalidad económica es por sí sola, y al margen de cualquier otra consideración, causa suficiente para la concesión del asilo, pues una vez constatada la efectiva existencia de esos actos de extorsión, han de valorarse a continuación, de forma casuística, factores tales como las circunstancias personales del solicitante, las características del grupo autor de la extorsión o secuestro, la intensidad y contenido de esos actos, la posibilidad de una protección eficaz por las autoridades del propio país, o, en fin, la posibilidad de evitar el peligro mediante el desplazamiento interno a otra localidad del mismo país alejada de aquella en que los actos de extorsión pudieran haberse producido.

Dichas consideraciones son de aplicación al supuesto de autos, en el que nos encontramos con un profesional relevante, Gerente de un Hospital Público. Pues bien, y admitiendo dialécticamente que hubiera sufrido un intento de extorsión por parte de los paramilitares o Autodefensas Unidas de Colombia, lo cierto es que aquél no ha acreditado, en ningún momento, ni siquiera por vía de indicios una especial gravedad o insistencia de los hechos de los que el recurrente trata de deducir la persecución. Y sobre este particular nada se dice en el recurso de casación, en el que la parte insiste en la presión relatada en el ámbito del Hospital del que era Gerente, pero nada hace para rebatir la tesis de la Administración de que el desplazamiento a otras zonas de Colombia habría permitido despejar cualquier riesgo para él y para su familia. De hecho nada acontece tras su desplazamiento a Bogotá.

(...).

En consecuencia, a la luz de la anterior doctrina, y aun teniendo en cuenta las dificultades probatorias que entrañan estos casos, en el supuesto ahora enjuiciado podemos señalar que no existen los necesarios indicios –en el expediente administrativo y en el recurso Contencioso-Administrativo–, que avalan una persecución política personal y directa del recurrente, pues, realmente, el relato del recurrente debe considerarse vago y genérico, por cuanto el mismo sólo hace referencia –sin acreditación alguna– más a una presión en el entorno hospitalario, en que prestaba servicios, debido a la atención médica a algún paramilitar disidente, y derivado, todo ello, del enfrentamiento entre guerrilla y paramilitares, pero sin que en ningún momento se relate una auténtica persecución personal, concreta y directa. Por otra parte, el dato –quizá más objetivo y sensible– de la denuncia por los citados hechos no llega ni accede a las autoridades policiales, pues se sitúa en la Defensoría del Pueblo, y con la finalidad de dejar constancia de los mismos, más que de exigir responsabilidades penales por parte del Estado. En consecuencia, los citados hechos –no investigados, y posiblemente no conocidos por las autoridades– se sitúan en un ámbito de indefinición, pues no se expresa concreción ni seguridad alguna sobre los mismos ni tampoco claras e inmediatas consecuencias derivadas de ellos. El contenido de los documentos aportados, por otra parte, igualmente se mueven en un ámbito de generalidad y sin determinación alguna sobre persecución concreta.

Todo ello, en fin, nos mueve a concluir poniendo de manifiesto la ausencia de datos más concretos y directos que los expresados en los que poder fundamentar los indicios a que se refiere el artículo 8 de la LRDAR, encontrándonos, pues, en una situación, como decimos, de inexistencia de indicios de persecución».

EXPULSIÓN

Tribunal: Auto de la Audiencia Provincial de Burgos.

Fecha: 29 de mayo de 2009.

Recurso de Apelación: 295/2009.

Ponente: Doña María Teresa Muñoz Quintana.

Voz: Expulsión y prohibición de entrada: delito contra la salud pública. Medida de internamiento.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra el auto por el que se acordó autorizar el internamiento por un plazo máximo de 40 días.

«Se alza la representación de Marco Antonio contra el Auto de fecha 4 de mayo de 2009 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Burgos, acordando como medida cautelar el internamiento del mismo en el Centro de Extranjeros de Madrid por un plazo máximo de 40 días, en virtud de solicitud formulada por el Cuerpo Nacional de Policía, para su internamiento en centro no penitenciario por el tiempo imprescindible para la práctica de su expulsión a su país (República Dominicana), al encontrarse detenido en la Comisaría de Burgos como presunto autor de un delito contra la salud pública (...), y constando otra detención por un delito contra la salud pública en fecha 25 de febrero de 2007 en Burgos. Y ello en base a la resolución de la Subdelegación de Gobierno en Burgos de fecha 4 de febrero de 2009 (...), acordando su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España por un periodo de 10 años de dicho ciudadano de República Dominicana.

Alegándose por parte del recurrente que en este caso la autorización judicial de internamiento no ha hecho valoración alguna de las circunstancias personales de esta parte (recogiendo tan sólo constar una orden de expulsión de la Subdelegación del Gobierno), ni de la necesidad de privación de libertad acordada, ni de las circunstancias que hacían precisa tal medida cautelar, mientras se tramita o

Expulsión

ejecuta el procedimiento de expulsión del territorio nacional, por lo que no está justificada la privación de libertad, con falta de motivación del Auto que supone una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ante la ausencia de motivación en lo relativo a las causas y razones en virtud de las cuales se acordó el internamiento. Añadiendo que el mismo reside en España desde el 4 de julio de 2006, fecha en la que se empadronó en Madrid, y desde el 3 de noviembre de 2008 está empadronado en Burgos (...).

(...).

Por lo que se refiere al recurrente consta la ya citada resolución de fecha 4 de febrero de 2009 tomada por la Subdelegada del Gobierno de Burgos y en la que se acuerda la expulsión de Marco Antonio del territorio nacional con prohibición de entrada en España por un período de 10 años de dicho ciudadano de República Dominicana, indicando en el apartado de “Hechos” que por encontrarse en situación irregular en territorio español, al haberle sido denegada la solicitud de autorización de residencia con fecha 31 de marzo de 2008; así como habiendo sido condenado por la Audiencia Provincial de Burgos (...) a la pena de 3 años de prisión por delito contra la salud pública, actualmente en libertad por Auto de fecha 17 de septiembre de 2008. Resolución de la Subdelegación que fue notificada personalmente al interesado el 25 de febrero de 2009, (...).

A su vez, consta que el mismo se encontraba detenido en la Comisaría de Burgos, el día 4 de mayo de 2009, en virtud del atestado (...) de fecha 1 de febrero de 2009, como presunto autor de un delito contra la salud pública. Requiriéndose del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Burgos autorización para su internamiento en el Centro de Internamiento para extranjeros de Madrid, por tiempo imprescindible para llevar a la práctica su expulsión a su país, sin exceder de 40 días (...).

(...).

Y en la comparecencia celebrada en fecha 4 de mayo de 2009 ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Burgos, Marco Antonio dijo que le han dado un tiempo para legalizar su situación, cosa que está haciendo, teniendo documentos que lo acreditan, oponiéndose a la solicitud de su internamiento. Mientras que el Ministerio Fiscal se muestra conforme con esta medida cautelar, dada la situación del mismo de irregular en España, y el hecho de tener una sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Burgos.

Es decir, queda acreditado que concurre, en dicha persona de nacionalidad dominicana, causa legal para su expulsión [artículo 53.a), de la Ley Orgánica 4/2000, encontrarse irregularmente en territorio español, al haberle sido denegada la solicitud de autorización de residencia con fecha 31 de marzo de 2008], así como resultando de aplicación el artículo 57.2 de esta misma Ley Orgánica (asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados).

(...).

Como ya se ha expresado esta Sala en anteriores resoluciones, la autorización judicial de ingreso en centro de internamiento de extranjeros debe cumplir unos mínimos requisitos. La intervención judicial la ha querido el legislador porque el Juez es garante de los derechos humanos y de ciudadanía, y porque la medida cautelar de internamiento afecta de manera directa a uno de los derechos básicos de cualquier persona, su libertad».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Fecha: 10 de julio de 2009.

Expulsión

Recurso de Apelación: 739/2008.

Ponente: Doña Leonor Alonso Díaz-Marta.

Voz: Sustitución de expulsión por multa: proporcionalidad. Certificado de empadronamiento.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. Se dejan sin efecto las sanciones de expulsión y prohibición de entrada impuestas para que la Delegación del Gobierno en Murcia las sustituya por una de multa en la cuantía que estime procedente.

«La sentencia apelada desestima el recurso contencioso administrativo formulado contra el acuerdo de la Delegación del Gobierno de Murcia de 2 de mayo de 2008, que acuerda la expulsión del recurrente, de nacionalidad boliviana, del territorio español, prohibiéndole la entrada en España por un período de 5 años (...), por carecer de documentación expedida por autoridades españolas que autorice su presencia en España.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Murcia, para llegar a tal conclusión, considera que el acuerdo recurrido está debidamente motivado; y que la resolución impugnada respeta el principio de proporcionalidad dado que, además de su permanencia ilegal en España, en el momento de su detención, carecía de pasaporte, no tenía familia ni domicilio en España ni había intentado regularizarse; por lo que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo más reciente, procedía la expulsión.

(...).

(...) en el presente caso la resolución impugnada acuerda la expulsión del apelante y la prohibición de entrada en España durante 5 años (...) no estando tales sanciones suficientemente justificadas por los datos que constan en el expediente. El actor, aunque efectivamente al comienzo del expediente se encontraba indocumentado, sin embargo a lo largo del mismo ha acreditado que está empadronado en Murcia desde el 30 de noviembre de 2006 en el mismo domicilio en el que vive su padre, que tie-

ne permiso de residencia. El empadronamiento, por tanto, es anterior a su detención el 19 de enero de 2008, y en ese certificado de empadronamiento aparece su número de pasaporte y domiciliado en (...) (Murcia). Todo esto, unido a que no constan circunstancias negativas ni antecedentes policiales, hacen que deba entenderse más proporcionada la sanción de multa (...). Dicha sanción deberá ser impuesta en la cuantía que la Administración estima procedente de acuerdo con las circunstancias de graduación establecidas legalmente.

En razón a todo ello procede estimar el recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida y la resolución sancionadora de la que trae causa, salvo en lo que hace referencia a las sanciones de expulsión y prohibición de entrada impuestas, que deberán ser sustituidas por la Delegación del Gobierno de Murcia por la de multa, en la cuantía que estime procedente de acuerdo con las circunstancias de graduación establecidas legalmente (...).

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Fecha: 14 de julio de 2009.

Recurso de Apelación: 601/2008.

Ponente: Don Juan Carlos Fernández López.

Voz: Expulsión y prohibición de entrada: no consta solicitud de asilo político.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado. Se confirma la resolución por la que se sancionó al ciudadano boliviano con su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un plazo de 3 años.

«El Abogado del Estado presenta recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Vigo, de 26 de septiembre de 2008, que anuló la resolución de 7 de marzo de 2008 del Subdelegado del Gobierno en Pontevedra, por la que se le sancionó al ciudadano boliviano Mario con su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un plazo

Expulsión

de 3 años, ya que consideró el juzgador *a quo* que el único dato objetivo probado fue la mera permanencia ilegal en España, sin que se advirtieran datos negativos en su conducta (que calificó como intachable), pese a no haber regularizado su situación; debe indicarse que si bien el juzgador atendió al principio de proporcionalidad, pero no substituyó la sanción de expulsión por una de multa, como podía haber hecho, ya que si bien en el ejercicio del control de la potestad sancionadora está limitado el órgano juzgador a fiscalizar la correcta aplicación de los preceptos que aplicó el órgano sancionador, sin que pueda buscar el apoyo jurídico de la sanción en otro texto legal que éste no haya utilizado para fundamentar la sanción impuesta (SSTC 133/1999 y 161/2003), en esa tarea fiscalizadora sí puede ponderar el *quantum* y ponderar en todo caso, las circunstancias que concurren al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y las responsabilidades exigidas (...).

Pero en este caso no cabía siquiera substituir la sanción de expulsión por otra de multa pecuniaria, ya que lo que procedía era confirmar la resolución gubernativa (...) que permite substituir la sanción de multa por la expulsión del territorio nacional a quien hubiera incurrido en la comisión de la infracción grave tipificada en su artículo 53.a), que fue la que cometió el ciudadano boliviano y por la que fue sancionado luego de seguir el procedimiento sancionador preferente (...).

(...).

Pues bien, en este caso resulta manifiesta la desafortunada motivación de la resolución gubernativa a la hora de justificar la opción de la expulsión en vez de la multa pecuniaria, ya que apeló, tan sólo, a que el ciudadano boliviano imputado no había presentado ninguna solicitud de asilo político, ni se encontraba en la situación a que se refiere el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo, siendo

así que ese ciudadano nunca había alegado que se encontrara en España como refugiado, puesto que había admitido la realidad de su situación ilegal y había solicitado que se le impusiera una multa pecuniaria, aunque implícitamente advertía de que no disponía de medios económicos al no poder trabajar por carecer de “permiso de residencia”. Sea como fuere, existió una motivación que justificó la opción de la expulsión, y si bien es verdad que no era adecuada, no cabe negar que del expediente administrativo se advierte que en ese ciudadano boliviano concurría el plus a que se acaba de hacer mención para que debiera ser expulsado, aunque llevara en España una vida ordenada y deseara trabajar (lo que no podría hacer mientras no tuviera la pertinente autorización, que no es la de residencia), ya que desde que entró en España el 23 de julio de 2006, no consta que hubiera regularizado su situación, lo que es una causa que por sí sola merece la expulsión, aunque no se den las demás, por lo que debe estimarse el recurso de apelación que presenta el abogado del Estado, lo que comporta confirmar la orden de expulsión que la autoridad gubernativa decretó el 7 de marzo de 2008».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Fecha: 14 de julio de 2009.

Recurso de Apelación: 540/2008.

Ponente: Don Francisco Javier Cambón García.

Voz: Expulsión por estancia irregular: ausencia de arraigo.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Ausencia de circunstancias acreditativas de vínculos familiares que acrediten su arraigo en España.

«Que D. José Francisco insiste en que es acreedor a la permanencia en España mientras se revisa su expulsión, invocando situación de arraigo, pero el parentesco con personas de las que no depende ni dependen de él, ni la vida laboral a la que alude, resultan suficientes a tal fin, y sin que tampoco es-

Expulsión

temos ante un procedimiento de regulación en trámite, cuando han transcurrido en exceso los plazos de resolución y ha de considerarse desestimado por silencio administrativo.

(...).

En el caso presente la recurrente no ha demostrado que los perjuicios que le causaría su salida obligatoria de España supongan una agravación de los que son consustanciales a la ejecución de todo acto administrativo, ya que en ese supuesto tal decisión chocaría con el principio de eficacia administrativa y conllevaría que en todo caso de expulsión hubiera de decretarse aquella medida cautelar. Por lo demás, la apelante no ha demostrado el arraigo que invoca, ya que la mera permanencia en España desde 2005 no demuestra aquella especial vinculación familiar, social o económica, que es exigible, siendo así que desde esa fecha ni ha solicitado autorización de residencia, ni siquiera temporal, ni de trabajo, lo cual se extiende a un hijo suyo. En definitiva, ni el hecho de estar empadronada en municipio español (por cierto, en fecha posterior a la detección de su estancia irregular, ya que ésta tuvo lugar el 23 de septiembre de 2007 y la certificación de inscripción padronal en el Concello de Monforte es de 6 de marzo de 2008), ni el disponer de vivienda en arrendamiento, ni tener un hijo escolarizado en Monforte, son circunstancias que acrediten aquella vinculación familiar de especial intensidad que se impone para reputar probado el arraigo en España y el consiguiente perjuicio irreparable que puede servir de fundamento de la adopción de la medida cautelar, máxime al no haberse demostrado la alegada residencia legal en nuestro país de otros familiares, cuya existencia, en todo caso, sólo sería relevante si se tratase de familiares que tuviesen derecho a la reagrupación familiar (...) sobre lo cual nada se dice.

(...).

Tampoco cabe acoger la petición de suspensión a través del *fumus boni iuris* ya que conllevaría la apreciación de una nulidad patente o notoria en el acto impugnado, que desde luego no concurre. En este sentido debe recordarse que la doctrina del *fumus boni iuris* sólo puede prosperar para fundar la medida cautelar en los casos en que aparezca notoriamente fundada la pretensión ejercitada, con un somero análisis, y, en correspondencia, cuando sea patente y manifiesta la nulidad de la resolución impugnada (auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001 que habla de la necesidad de que la apariencia de lesión a la legalidad sea de una manifiesta evidencia), lo que no es el caso, pues realmente no ha resultado desacreditada, con aquel carácter de notoriedad, la fundamentación sobre el carácter irregular de la estancia, que implícitamente viene a admitir la apelante».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Fecha: 16 de julio de 2009.

Recurso de Apelación: 503/2008.

Ponente: Doña Leonor Alonso Díaz-Marta.

Voz: Expulsión y proporcionalidad: extranjero documentado, empadronado y sin antecedentes policiales. Imposición de multa.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. Las sanciones de expulsión y prohibición de entrada impuestas se dejan sin efecto; determinación de la multa económica a imponer de acuerdo con los criterios de graduación legalmente establecidos.

«La sentencia apelada desestima el recurso contencioso administrativo formulado contra el acuerdo de la Delegación del Gobierno de Murcia de 28 de diciembre de 2008, que acuerda la expulsión del recurrente, de nacionalidad argelina, del territorio español, prohibiéndole la entrada en España por un período de 5 años (...), por carecer de documentación expedida por autoridades españolas que autorice su presencia en España.

Expulsión

(...).

En el presente caso la resolución impugnada acuerda la expulsión del actor (...) 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 hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente. Pues bien, el actor acredita, aunque sea *prima facie*, un cierto arraigo derivado de los documentos acompañados con la demanda, como son que está identificado con pasaporte, que consta un domicilio en El Altet de Elche, donde se encuentra empadronado, como acredita con los documentos que aportó con la demanda. Debiendo señalar que, aunque como señala el Juzgado de Instancia, el apelante debió identificarse en el expediente administrativo y no sólo con la demanda cuando interpone el recurso contencioso-administrativo, lo cierto es que el mismo se encuentra debidamente documentado y empadronado y no constan circunstancias negativas ni antecedentes policiales, lo que hacen que deba entenderse más proporcionada la sanción de multa (...). Dicha sanción deberá ser impuesta en la cuantía que la Administración estima procedente de acuerdo con las circunstancias de graduación establecidas legalmente».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Fecha: 23 de julio de 2009.

Recurso de Apelación: 667/2008.

Ponente: Doña Ascensión Martín Sánchez.

Voz: Sustitución de expulsión por multa: extranjero con pasaporte, domicilio conocido y cierto arraigo.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. Se acuerda sustituir la sanción de expulsión por la de multa por vulneración del principio de proporcionalidad.

«La sentencia apelada desestima el recurso contencioso administrativo formulado, por D. Juan Pedro, nacional de Senegal, con NIE (...), no consta pasaporte contra la resolución de la Delegación del Gobierno de Murcia, recaída en el expediente (...), de fecha 11 de abril de 2008, que acuerda la expulsión del mismo y la prohibición de entrada en España durante siete años (...) por encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de 3 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. Y constarle antecedentes policiales.

(...).

En el presente caso el recurrente, D. Juan Pedro, nacional de Senegal, con NIE (...), con pasaporte (...), que consta en el certificado de empadronamiento del Ayuntamiento de Murcia, de fecha 4 de enero de 2008, con un contrato de arrendamiento en Almoradí de fecha 1 de agosto de 2006 (...), documentos acompañados con la demanda y no impugnados por la Abogacía del Estado, contra la resolución de la Delegación del Gobierno de Murcia (...), de fecha 11 de abril de 2008, que acuerda la expulsión del mismo y la prohibición de entrada en España durante 7 años (reducida por el Juzgado a 5 años), resolución donde aparece que no le consta pasaporte, no tiene domicilio conocido, ni arraigo ni familia en España ni medios legales de vida ni pasaporte, y además le constan antecedentes policiales, por presunto delito contra la propiedad industrial, y consultado el servicio de Informática Perpol le constan además por el Juzgado de primera instancia núm. 2 de Torrevieja por delito de lesiones, por infringir el artículo 53.a) de la LO 4/2000 (...) pero no le constan antecedentes, tiene domicilio conocido, y arraigo, y acredita medios de vida, y aunque estos hechos no consten en la resolución administrativa, forman parte del expediente administrativo, motivación *in allium*.

Expulsión

da y en la resolución impugnada acuerda la expulsión del actor por infringir el artículo 53.a) de la LO 4/2000, con cobertura en el artículo 57 de la misma Ley, estando justificada y motivada expresamente la medida de expulsión en los hechos antes expuestos, de encontrarse en España de forma ilegal, sin comunicar su estancia a las autoridades españolas, ni solicitar permiso de residencia o de trabajo.

(...).

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora. Y pese a no existir motivación expresa y suficiente en la resolución de la Delegación del Gobierno, constan el expediente administrativo, y que acuerda la expulsión del apelante, con circunstancias negativas como sus antecedentes policiales por delito de lesiones y otro contra la propiedad industrial (venta de bolsos), pero igualmente con circunstancias positivas que constan en el expediente, como pasaporte, domicilio conocido y cierto arraigo en España desde el año 2006 y, se debe revocar en este extremo y estimar el recurso en cuanto a sustituir la sanción de expulsión por la de multa, en la cuantía que determine la Delegación del Gobierno a la vista de sus circunstancias personales y situación económica. Y estableciendo la Sala que en el

presente supuesto se ha vulnerado el principio de proporcionalidad».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Fecha: 23 de julio de 2009.

Recurso de Apelación: 125/2009.

Ponente: Don Abel Ángel Sáez Domenech.

Voz: Sustitución de expulsión por multa: arraigo familiar.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. Procede sustituir las sanciones de expulsión y prohibición de entrada impuestas por una multa. No consta en el expediente que el interesado presente aspectos negativos que no sean la mera permanencia ilegal en España.

«Alega el apelante para fundamentar el recurso de apelación la infracción del principio de presunción de inocencia, en la medida en que corresponde a la Administración la carga de la prueba. Ni en el expediente ni en la resolución se dice desde qué momento se considera que el interesado se encuentra irregularmente en España. Por otro lado considera que el informe que dice que el interesado no ha solicitado la documentación pertinente para legalizar su situación no es una prueba de cargo relevante. Es cierto que la fuerza actuante no ha tenido a la vista el pasaporte del interesado, sin embargo se constata su existencia en la certificación de empadronamiento en el que se cita su número (...) y su fecha de nacimiento (23 de marzo de 1984), coincidente con la que se cita en el expediente, siendo evidente que la documentación presentada se consideró suficiente para empadronar al interesado, el cual tiene domicilio conocido en la calle (...), (...) de Murcia, en el que vive junto con su madre Petra, que tiene permiso de trabajo, es evidente por tanto que cuenta con los medios de vida obtenidos por su madre. Entiende asimismo que se viola el principio de proporcionalidad, ya que se impone la sanción más grave de las previstas como es la de

Derecho al trabajo

expulsión, no obstante haber podido, atendiendo a las circunstancias del interesado, la de multa de acuerdo con los criterios establecidos por la jurisprudencia, y ello teniendo en cuenta que no se indican cuáles son los criterios tenidos en cuenta para imponer la sanción de expulsión.

(...).

(...) en el presente caso la resolución impugnada acuerda la expulsión del apelante y la prohibición de entrada en España durante 5 años por infringir el artículo 53.a) de la LO 4/2000, con cobertura en el artículo 57 de la misma Ley, sin la suficiente justificación, ya que aunque el interesado no estuviera identificado con su pasaporte en el momento de ser detenido, posteriormente consta que está en posición del mismo y lo presentó para obtener su empadronamiento en el Ayuntamiento de Murcia [pasaporte ucraniano núm. (...)] constando en la certificación que acompaña con la demanda que tiene domicilio conocido en la calle (...), del Barrio del Carmen de Murcia, en el cual vive, entre otras personas, con su madre Petra, que tiene permiso de trabajo y residencia. Es evidente en consecuencia que al menos tiene arraigo familiar en España. No consta por otro lado que existan en el interesado datos negativos constatados en el expediente que no consistan en su mera permanencia ilegal en España, lo que determina a la Sala, de acuerdo con la jurisprudencia citada, a sustituir las sanciones de expulsión y prohibición de entrada impuestas por una multa en la cuantía que determine la Delegación del Gobierno atendiendo a la capacidad económica del interesado y demás circunstancias de graduación concurrentes.

(...) en el presente supuesto se ha vulnerado el principio de proporcionalidad».

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra.

Fecha: 3 de marzo de 2009.

Recurso de Suplicación: 401/2008.

Ponente: Doña Carmen Arnedo Díez.

Voz: Extranjero que carece de autorización de trabajo. Presunción de existencia de relación laboral.

Resumen: «SEGUNDO. Como censura jurídica se denuncia infracción del artículo 1.3.d) del Estatuto de los Trabajadores, precepto que excluye del ámbito laboral los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, considerando que las características propias de este tipo de prestación concurrían en el caso del Sr. Onésimo ya que no tenía impuesto horario alguno, ni tan siquiera calendario, pudiendo ausentarse del restaurante cuando quisiera, no estaba sometido al círculo rector y disciplinario del empresario, en cuanto sólo acudía al restaurante a título de amistad para comprobar *in situ* la confección de menús y tampoco percibía ningún tipo de retribución. Añade que su sola presencia en la cocina del restaurante, ataviado con el traje de cocinero, extremos constatados por la Inspección de Trabajo, no demuestra la existencia de relación laboral.

Pues bien, el contrato de trabajo resulta definido en los artículos 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores cuando, al señalar el ámbito objetivo de dicha Ley, dispone que “será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de

Derecho al trabajo

organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario". Por otro lado, el artículo 8.1 del propio Estatuto de los Trabajadores consagra la libertad de forma para la celebración del contrato de trabajo y una presunción *iuris tantum* de existencia del mismo, al decir: "El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél". (...)

Por otra parte, el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 14 de noviembre de 1983 y 10 de abril de 1984, entre otras muchas, tiene declarado que la determinación de si una relación *inter partes* tiene o no naturaleza laboral no depende ni de cómo la denominen ni la conciben las partes, ni de ninguna decisión o resolución administrativa, sino que tan sólo compete a los órganos judiciales, que han de atender a su verdadero contenido obligacional para determinar la auténtica naturaleza de aquella.

De otra parte, la calificación de la relación que vincula a las partes debe hacerse a la luz del criterio jurisprudencial ampliamente reiterado que pone de manifiesto cómo los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes, debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido, manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el *nomen iuris* empleado por los contratantes; siendo así que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de las concurrencias de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1990 y 5 de julio de 1990, entre otras).

Y para determinar la existencia de una relación laboral lo esencial es establecer la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia a las que se refiere el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, que la prestación de servicios contratada se realice dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, y por tanto con sometimiento al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma (STS de 16 de febrero de 1990).

También conviene recordar que el artículo 53.2 del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social otorga una presunción de certeza a "los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación 'y' a los hechos reseñados en informes emitidos consecuentes a comprobaciones efectuadas por la misma", sin perjuicio de la posibilidad de aportar pruebas en contrario y en este sentido y en relación con estas actas, el TS en Sentencia de 20 de mayo de 1997, siguiendo el criterio sustentado por el Auto del Tribunal Constitucional 7/1989, de 13 de enero, afirma que "la doctrina de este Tribunal al interpretar el alcance de estos preceptos viene atribuyendo a las actas levantadas por la Inspección de Trabajo por lo que se refiere a los hechos recogidos en las mismas, una presunción de veracidad *iuris tantum* cuyo fundamento se encuentra en la imparcialidad y especialización que en principio debe reconocerse al Inspector actuante (SSTS de 24 de enero, 28 de marzo, 6 de abril, y 4 de mayo de 1989, 18 de enero y 18 de marzo de 1991) presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia en lo que respecta a las actas de infracción, ya que el artículo 52.2 de la Ley 8/1988 se limita a atribuir a tales actas por la propia naturaleza de la actuación inspectora el carácter de prueba de cargo dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario". Esta concepción de "presunción *iuris tantum*" aparece reflejada en Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, las de fechas 31 de mayo de 1985, 2 de no-

Derecho al trabajo

viembre de 1984, 16 de abril de 1984, 29 de octubre de 1987 y más recientemente 17 de abril de 2002.

De ello se deduce que la presunción a que se refiere el bloque normativo regulador puede ser claramente desvirtuada, mediante prueba en contrario, por parte de quien discrepe de tal conclusión fáctica del funcionario actuante. Que es quien, por tanto, tiene la carga de la prueba, que debe realizar mediante la utilización de medios de prueba adecuados de los permitidos en derecho, de los que se pueda alcanzar tal desvirtuación. Pero, si no se ha conseguido ello, como es el caso, y tampoco es viable alcanzar tal finalidad en revisión de los mismos, en este trámite extraordinario de Suplicación, conforme ha ocurrido, al quedar confirmada la narración judicial de los hechos tenidos como probados, carece entonces de consistencia la alegación de la parte. En definitiva, no se ha destruido la presunción *iuris tantum* de veracidad de las afirmaciones contenidas en el acta de la Inspección ni, por tanto, se ha logrado demostrar que la prestación de servicios por parte de D. Onésimo en el restaurante propiedad de la sociedad demandada, ahora recurrente, fuese desarrollada por éste a título de amistad. Siendo relevante destacar que en el momento en que se giró visita de inspección el Sr. Onésimo, de nacionalidad Argentina y carente de permiso de trabajo, se encontraba, con el resto de trabajadores, cenando en la cocina del restaurante, ataviado, como el resto, con el uniforme de cocinero; que manifestó había empezado en el restaurante ese mismo día a las 10:30 horas, y que la empresa incurrió en serias contradicciones al intentar explicar su presencia, exponiendo en un primer momento que prestaba servicios en otro restaurante de la zona, cuando en realidad se comprobó que no estaba de alta en ninguna otra empresa, y después que sólo había venido para aprender técnicas de cocina, todo lo cual, además de respaldar las conclusiones del servicio de inspección, sustenta la presunción de laboralidad en la prestación de servicios que establece el artículo 8.1 de la Ley Estatutaria».

NOTA: La STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de 3 de marzo de 2009 desestima el recurso interpuesto por la representación de la empresa contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Navarra, que estima la demanda de procedimiento de oficio formulada por el Director Territorial-Jefe de la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social de Navarra contra una empresa dedicada a la restauración, y declara la existencia de relación laboral entre aquélla y un trabajador de nacionalidad argentina que carecía de autorización administrativa de trabajo.

Con fecha 13 de febrero de 2008, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Navarra levantó acta de infracción a la empresa de restauración en materia de extranjeros, en la que proponía una sanción de 6.024,82 euros por haber contratado los servicios del trabajador extranjero sin haber obtenido previamente la autorización para trabajar en España. En el acta se hace constar que en el momento de la visita se realiza un control de empleo, accediendo a la cocina del restaurante donde se encontraban los trabajadores cenando. Entre ellos, estaba el ciudadano argentino, ataviado, como el resto, con el uniforme de cocinero y que explica que «ha empezado» en el restaurante ese mismo día por la mañana. La empresa declara, primero, que el extranjero se encontraba en la cocina en prácticas, pues trabajaba en otro restaurante de la zona, para luego alegar que al estar disfrutando de vacaciones había ido a aprender. El acta concluye que el hecho de estar ataviado con el uniforme, encontrarse dentro de la cocina y haber declarado el propio extranjero que llevaba prestando servicios desde esa mañana, son indicios evidentes de que, al menos, durante ese día prestó servicios a favor de la empresa.

La Sentencia que se comenta resuelve un prototípico supuesto de determinación de existencia de relación laboral. Como se sabe, el Estatuto de los Trabajadores establece en su artículo 1.1, que «será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta

Derecho al trabajo

ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». La anterior declaración debe completarse con la presunción de existencia del contrato de trabajo que contiene el artículo 8.1, en cuya virtud «se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél». Junto a estos preceptos, el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores excluye de su ámbito de aplicación una serie de relaciones en las que no concurren las notas de laboralidad, entre las que se encuentran los *trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad*. La jurisprudencia a la hora de aplicar dicha presunción utiliza la llamada teoría indiciaria, a través de la cual se determinan si concurren o no las notas configuradoras de la relación laboral: voluntariedad, ajenidad, dependencia y carácter retribuido. Así, son indicios de existencia de la relación laboral, entre otros muchos, el sometimiento a una jornada y a un horario predeterminado, el desempeño personal de la prestación de servicios, sin posibilidad de sustitución, la asistencia a un centro de trabajo o a un lugar de trabajo designado por el empresario, la asiduidad en el trabajo, en el sentido de asistencia regular y continuada, la ordenación de las tareas mediante directrices detalladas y minuciosas, la no aportación por el trabajador de medios o útiles de trabajo o, en caso contrario, su escasa entidad o coste, el sometimiento al poder sancionador del empresario, etc.

En el caso que ahora nos ocupa, la brevedad de la relación laboral (recuérdese que en el acta de infracción se declara que se deduce que al menos ese mismo día sí ha prestado servicios laborales a favor de la empresa) justifica que se consideren suficientes como indicios el hecho de que el extranjero estaba ataviado con el uniforme de cocinero, dentro de la cocina, que declarase él mismo que había empezado a trabajar ese mismo día, las evidentes contradicciones en la declaración del empresario y el hecho de que el trabajador extranjero no estuviese

dado de alta en ninguna otra empresa. Ello, junto a la presunción *iuris tantum* de veracidad de las afirmaciones contenidas en el acta de la Inspección, fundamentan el fallo de la sentencia comentada.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Fecha: 9 de marzo de 2009.

Recurso de Suplicación: 7032/2008.

Ponente: Don Sebastián Moralo Gallego.

Voz: Extranjero que carece de autorización de trabajo. Despido improcedente por falta de ocupación efectiva.

Resumen: «TERCERO. Por la vía del párrafo c del artículo 191 de la LPL se formula el motivo tercero que denuncia infracción de los artículos 4.2.a) y f) del ET; 36.3.º y 3 de la LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000; y artículos 55.1.2.º y 4.º del ET, en relación con los artículos 49.1.k) y 56.1.a) y b) del ET y doctrina jurisprudencial que se cita.

Sostiene el recurrente que la situación jurídica que se ha producido en el caso de autos es la de un despido tácito por parte de la empresa, desde el momento en el que se niega a dar ocupación efectiva y pagar su salario al trabajador demandante.

Pretensión que ha de ser acogida a la vista de los hechos que declara probados la sentencia, de los que basta destacar a estos efectos que el recurrente es un trabajador extranjero sin permiso de trabajo que viene prestando servicios para la demandada desde el 1 de enero de 2007, con la categoría profesional y salario reconocidos. En fecha 27 de enero de 2008 la empresa le indica que no puede seguir prestando servicios hasta que no tenga regularizada su situación legal para trabajar en España, y desde este momento deja de darle ocupación efectiva y de abonarle su salario.

Ninguna duda cabe que esta actuación de la empresa constituye un despido improcedente, en la medida en que supone poner fin de forma tácita a

Derecho al trabajo

la vigencia de la relación laboral al dejar de dar ocupación al trabajador y abonarle su salario.

Se dice en el escrito de impugnación que la empresa se ha limitado a suspender el contrato de trabajo hasta que se produzca la regularización de la situación jurídica del trabajador.

Pero no hay en el artículo 45 de Estatuto de los Trabajadores ninguna causa de suspensión del contrato que pudiese dar cobertura legal por esta vía a la actuación de la empresa, cuando ni tan siquiera se ha conseguido el mutuo acuerdo con el trabajador a este respecto. Ni puede tampoco aplicarse por analogía ninguna de las situaciones del artículo 48 del ET que regula la suspensión con derecho a reserva del puesto de trabajo.

Como muy bien se indica en el recurso, el artículo 36.3.º de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.

Se desprenden dos consecuencias jurídicas especialmente importantes de este precepto.

La primera de ellas, que no pueden dejarse de aplicar las normas laborales de nuestro ordenamiento jurídico por el hecho de que el trabajador extranjero carezca de permiso de trabajo, tal y como así lo destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003 cuando razona que “Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener la autori-

zación previa al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”. Matización que establece, con toda claridad, que el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada Ley un contrato nulo. Así, en este sentido, ya se pronunció esta Sala en Sentencia de 9 de junio de 2003 (recurso 008/4217/02) –fundamento de derecho tercero, apartado 2–, sobre responsabilidad de la empresa en accidente de trabajo sufrido por ecuatoriano sin permiso de trabajo ni de residencia, que después de hacer cita del artículo 33.3 de la Ley Orgánica 4/2000, entiende que “Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo. Y, siendo ello así, no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo...”. Esta conclusión se reafirma aún de manera más patente, en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando en el párrafo primero del número 3 del artículo 36, alude concretamente al “extranjero no autorizado para trabajar” –que es a tenor de lo dispuesto en el número 1, el que carece del permiso de residencia o autorización de estancia– y, establece en tal caso que los empresarios “deben obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”. A lo que añade, el párrafo segundo de dicho número 3, que: “La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”.

Y la segunda, que en el caso de trabajadores por cuenta ajena corresponde al empleador solicitar la autorización administrativa que permite al trabajador prestar servicios en nuestro país, tal y como

Derecho al trabajo

precisa el Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, bajo la modalidad que correspondiere en función de la situación de residencia del actor en nuestro país.

Correspondía por lo tanto a la demandada haber solicitado el permiso de trabajo para contratar al demandante, y una vez que ya llevaba más de un año prestando servicios para la misma podría haberse pactado una suspensión de mutuo acuerdo de la relación laboral o incluso procederse eventualmente a una extinción por causas objetivas de la relación laboral al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 letra a) del Estatuto de los Trabajadores, de estimarse concurrente una ineptitud sobrevenida o conocida con posterioridad al inicio de la relación laboral; pero lo que en ningún caso cabe es que unilateralmente se deje de pagar el salario y dar ocupación, cuando no hay ninguna norma legal que ampare esta posibilidad, ni tan siquiera en el caso de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo sobre los que no hay ninguna particularidad en las causas de suspensión del contrato.

No es atendible el argumento de que la empresa no ha despedido al trabajador, sino que se ha limitado simplemente a indicarle que no puede seguir prestando servicios hasta que no regularice su situación, por cuanto esa decisión ha supuesto dejar de pagarle el salario y darle ocupación, y esto equivale jurídicamente a un despido tácito al no venir contemplada esa posibilidad en ninguna norma jurídica que habilite al empresario para proceder de esta manera cuando ya hace más de un año que viene utilizando los servicios del trabajador pese a conocer perfectamente que carece de autorización administrativa para trabajar en España.

Despido que ha de calificarse como improcedente por defectos de forma, de acuerdo con el artículo

55.4.º del ET y con las consecuencias legales inherentes al artículo 110.4.º de la LPL».

NOTA: La Sentencia del TSJ de Cataluña extractada estima el Recurso de Suplicación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de Reus que desestima la demanda de despido interpuesta por un ciudadano extranjero que venía prestando servicios por cuenta y orden de una Residencia de la Tercera Edad, en virtud de un contrato de trabajo verbal, con la categoría profesional de gerocultor y con una antigüedad de algo más de un año (1 de enero de 2007 a 27 de enero de 2008). Resulta hecho probado que durante dicho período el trabajador no contaba con autorización administrativa para trabajar ni fue dado de alta en la Seguridad Social. La empresa ofreció al trabajador regularizar su situación en fecha no reflejada en la Sentencia, y con fecha 27 de enero de 2008 la empresa le comunica que hasta que no esté regularizada su situación administrativa no puede continuar prestando servicios, instándole de nuevo para que «arreglara los papeles». Dicho esto, el trabajador se marcha del centro de trabajo y se da por despedido. También consta como hecho probado que el 18 de enero de 2008 el trabajador presenta denuncia ante la Inspección de Trabajo por no tener regularizada su situación administrativa en la empresa.

La advertencia realizada por la empresa al trabajador en el sentido de que mientras que no obtuviera las correspondientes autorizaciones administrativas no podría seguir prestando servicios es considerada por éste como un despido tácito, por lo que presenta demanda ante el Juzgado de lo Social, que, como se ha adelantado, la desestima. Señala el TSJ de Cataluña que el proceder de la empresa constituye un despido improcedente, ya que «supone poner fin de forma tácita a la vigencia de la relación laboral al dejar de dar ocupación al trabajador y abonarle su salario». Asimismo, rechaza la alegación de la empresa de que lo que se ha producido es

Derecho al trabajo

una suspensión del contrato de trabajo en tanto se produzca la regularización de la situación jurídica del trabajador. Y no falta razón al Tribunal. El artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores establece las causas y efectos de la suspensión del contrato de trabajo. Respecto a estos últimos declara que «la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo», mientras que entre la enumeración de las causas no se encuentra, lógicamente, el supuesto que ahora nos ocupa. Podría tener cobertura legal en la establecida en la letra a) «el mutuo acuerdo de las partes», si así lo hubiera convenido con el trabajador (pero éste no ha sido el caso), y en dicho acuerdo bien se hubiese podido pactar la reserva de puesto de trabajo hasta que se produjera la regularización de la situación administrativa del trabajador.

Descartada la suspensión del contrato de trabajo, lo cierto es que el extranjero ha estado prestando servicios a favor de la empresa durante más de un año, conociendo la empresa la circunstancia de que carecía de la preceptiva autorización de trabajo. En aplicación de lo previsto en el artículo 36.3 de la Ley de Extranjería, la ausencia de dicha autorización no invalida los efectos del contrato de trabajo y, en consecuencia, la falta de ocupación efectiva y de salario constituye un despido tácito. Como se ha dicho, ante la carencia de la correspondiente autorización de trabajo, circunstancia conocida por el empresario, éste debería haberla solicitado con anterioridad a la prestación de servicios o, una vez iniciada, haber acordado con el trabajador la suspensión del contrato de trabajo durante su tramitación y posterior concesión. Incluso afirma el Tribunal que el empresario hubiese podido proceder eventualmente a la extinción de la relación laboral por causas objetivas, al amparo del artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores, aunque atendiendo las circunstancias del caso concreto, puesto que el empresario conocía que el trabajador carecía de autorización, en nuestra opinión no resultaría posible pues dicha causa se concreta en la «ineptitud del trabajador conocida o sobreveni-

da con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa».

Resta una última reflexión. Como bien se sabe, el artículo 36.3 de la Ley de Extranjería dispone que «La carencia de la correspondiente autorización **por parte del empresario** (...) no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». La expresión resaltada ha sido interpretada por nuestros Tribunales en el sentido de que es al empresario a quien le corresponde solicitar la autorización administrativa que permite al trabajar en nuestro país de forma regular. Y efectivamente así es respecto a la autorización inicial ex artículo 51.1 del Reglamento de Extranjería. Resulta coherente que el trabajador no quede perjudicado por una declaración de nulidad del contrato de trabajo debida a una omisión o falta de diligencia empresarial, lo que provocaría, además, el efecto perverso de incitar la inmigración irregular. Sin embargo, no es la primera vez que ponemos de manifiesto que en tal consideración parece que también subyace la presunción de la intención fraudulenta del empresario, cuando la realidad ha venido demostrando en los últimos años que la propia rigidez del sistema legal de autorizaciones ha provocado en muchas ocasiones la imposibilidad objetiva de obtener –abstracción hecha de cualquier intención de eludir la aplicación de la ley– las correspondientes autorizaciones. De hecho, la jurisprudencia y doctrina judicial consideran que no es de aplicación dicho precepto cuando se trata de denegación de la renovación de la autorización o cuando es el trabajador quien no presenta la solicitud de renovación. En este caso, el empresario ha requerido insistentemente al trabajador que regularizase su situación administrativa, y no sólo ha encontrado su negativa sino que éste denuncia el hecho ante la Inspección de Trabajo. Esta circunstancia ¿debería modular la respuesta ofrecida por el Tribunal?

Derecho al trabajo

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Fecha: 17 de marzo de 2009.

Recurso de Suplicación: 2691/2008.

Ponente: Don Jacobo Quintans García.

Voz: Extranjero que carece de autorización de residencia y trabajo. Prestación contributiva por desempleo: desestimación.

Resumen: «SEGUNDO. En el único motivo del recurso la parte denuncia la vulneración de los artículos 203, 207, 209, y 231 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).

La cuestión que aquí se suscita no ha tenido una solución única y pacífica a lo largo de los últimos años, habiendo estado sometida a modificaciones legales (reglamentarias) e interpretaciones jurisprudenciales. Recientemente el TS ha unificado la doctrina existente por medio de su Sentencia de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008, 2065) dictada en recurso para la unificación de doctrina núm. 800/07, en la que se hace un desarrollo de la legislación al respecto partiendo del artículo 36.3 de la Ley Orgánica de Extranjería, y de la que se transcribe el siguiente razonamiento:

“... la circunstancia de que el artículo 36.3 de la LOEx aluda, genéricamente, a ‘las prestaciones que pudieran corresponderle’, sin limitarlas a las que enumera el artículo 14.3 de la LOEx, ha llevado a este Tribunal a entender que el citado párrafo remite al conjunto de la normativa legal aplicable, entre la que se encuentran los Convenios Internacionales suscritos por España (artículo 96.1 de la Constitución). Y en función de ello ha reconocido a los extranjeros no residentes que prestan servicios sin contar además con la oportuna autorización para trabajar por cuenta ajena, el derecho a las prestaciones de Seguridad Social derivadas exclusivamente de contingencias profesionales, y a condición de que los afectados sean oriundos, bien de países que, como España, hayan suscrito el Convenio 19 de la OIT, bien de países con los que España tiene suscritos Convenios de Seguridad Social que establezcan un régimen

de reciprocidad en la materia. Y lo ha hecho así por considerar suficiente esa cobertura legislativa para conceder ‘una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900’ [Sentencia de 9 de junio de 2003 (recurso para la unificación de doctrina 4271/02) antes citada], hasta el punto de que la protección de la integridad física, que queda afectada en todo accidente de trabajo, constituye un derecho expresamente reconocido en el Estatuto de los Trabajadores [artículo 4.2.d)].

SÉPTIMO. No es posible, sin embargo, aplicar tal previsión al caso, puesto que lo que ahora se cuestiona no es una prestación derivada de contingencias profesionales, sino el reconocimiento del derecho a la prestación de desempleo a los emigrantes irregulares o no residentes.

Y no es posible porque, de un lado, al contrario de lo que ocurre con las contingencias profesionales, no existen Convenios Internacionales integrados en nuestra normativa interna que así lo autoricen. Y de otro, porque la LOEx tampoco prevé ese derecho, según lo antes razonado. Es más, la adopción de la decisión contraria sería tanto como desconocer la finalidad que pretende la LOEx que es incentivar la entrada y la estancia regular de los extranjeros en España. El reconocimiento de todas las prestaciones de la Seguridad Social a los irregulares, que es a la postre a lo que conduce la concesión del desempleo, supondría la plena equiparación entre los extranjeros residentes y la emigración irregular o clandestina; con la lógica desincentivación que supone para el extranjero que tiene que acudir a los complejos trámites necesarios para conseguir una autorización de residencia, o una autorización de residencia y trabajo, el saber que puede disfrutar de los mismos derechos mediante la entrada clandestina en el país.

Ello implicaría, además, la creación judicial de una especie de regularización, encubierta y en espiral,

Permiso de trabajo

del emigrante irregular, quien, pese a que en ningún caso podría obtener la autorización de residencia [artículo 50.g) del RD 2393/2004], no podría sin embargo ser expulsado del país mientras estuviera percibiendo la prestación de desempleo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.5.d) de la LOEx (en buena lógica hay que entender que este supuesto de suspensión de la expulsión no está previsto para este caso, sino para los de irregularidad sobrevenida, distintos del que examinamos; es decir el del extranjero residente que está percibiendo una prestación de desempleo consecutiva al desempeño de un trabajo por cuenta ajena amparado en un contrato de trabajo regularizado, y al que con posterioridad a la finalización del trabajo le ha caducado la autorización de residencia). Y además durante el tiempo de percepción de la prestación podría volver a buscar otra ocupación laboral sin contar con la correspondiente autorización para trabajar, a cuyo final, de aceptarse la tesis que defiende el recurrente, se generaría un nuevo derecho a desempleo, con la consiguiente nueva imposibilidad de llevar a cabo la expulsión.

OCTAVO. Finalmente, y aunque hubiera sido de aplicación al caso el último párrafo del núm. 2 del artículo 42 del RD 84/1996 en la redacción dada por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre: 'Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley' (regla que por cierto presenta graves dificultades de coordinación con las anteriores que contiene el mismo artículo), tampoco surgiría el derecho a la prestación de desempleo".

Por lo expuesto al haber existido la vulneración legal y jurisprudencial que pretende la parte recurrente, se impone la estimación de recurso inter-

puesto y la consiguiente revocación de la sentencia recurrida».

NOTA: Desde que la STS, unificación de doctrina, de 18 de marzo de 2008 (rec. 800/2007), estableciera que el extranjero que carece de autorización de residencia y trabajo no tiene derecho a la prestación contributiva por desempleo (véase, CARRASCOSA BERMEJO, D. y CHARRO BAENA, P.: «El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008», en el número 18 de esta *Revista*, pp. 235 y ss.), se han sucedido diversas Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que aplican la doctrina allí establecida, y de la que la presente Sentencia es un claro exponente.

PERMISO DE TRABAJO

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

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Fecha: 23 de julio de 2009.

Procedimiento: Rollo de apelación 126/2009.

Ponente: Don Abel Ángel Sáez Domenech.

Voz: Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena: renovación.

Resumen: «PRIMERO. Interpone el presente recurso de apelación el Sr. Abogado del Estado, en

Permiso de trabajo

nombre y representación de la Delegación del Gobierno en Murcia, contra la Sentencia 674/2008, de 14 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Murcia, dictado el recurso contencioso administrativo 281/2007, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Plácido, contra la resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 3 de octubre de 2007, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Murcia de 16 de noviembre de 2006, dictada en el expediente núm. NÚM000 por la que se denegaba la renovación del permiso de residencia y trabajo solicitada por el recurrente, al estar acreditado que el solicitante, en el período comprendido entre el 1 de octubre de 2005 y el 30 de septiembre de 2006, solamente había cotizado 52 días a la Seguridad Social.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Murcia estima las pretensiones del hoy apelado pues considera que el interesado cumplía los requisitos exigidos por los apartados a), b) y c) del artículo 54.4 del RD 2393/2004, ya que aunque era cierto que durante el período de vigencia de su permiso de trabajo, comprendido entre el 1 de octubre de 2005 y el 30 de septiembre de 2006, solamente había cotizado 52 días a la Seguridad Social, consta que desde el 6 de noviembre de 2006 se encuentra en situación de alta ininterrumpida hasta el 12 de diciembre de 2006, fecha de expedición de su informe laboral acompañado con su recurso de alzada, por lo que la falta de cotización durante el primer año de vigencia de su permiso no es suficiente para denegar la renovación solicitada, ya que de aplicarse el precepto en todo su rigor se vería frustrada la intención del legislador de facilitar la integración social de los inmigrantes en nuestro país. La firme voluntad de la recurrente y de la empresa contratante se deriva de la subsistencia del contrato concertado.

Alega el Abogado del Estado en su apelación para fundamentar el recurso que de acuerdo con lo dis-

puesto en el artículo 54.9 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, la renovación del permiso de trabajo requiere que el trabajador extranjero acredite haber cotizado a la Seguridad Social durante un período de 3 meses, sin que quepa otra interpretación más favorable al tratarse de una normativa de orden público.

SEGUNDO. Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en la presente resolución.

La Ley Orgánica 4/2000 establece en el artículo 54.3 lo siguiente: “La autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovará a su expiración, en el supuesto de que se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende”. Y sigue diciendo: “Asimismo, se procederá a la renovación cuando el trabajador acredite la realización habitual de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de 6 meses por año, y se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: a) Haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación; b) Disponga de una nueva oferta de empleo que reúna los requisitos establecidos en el artículo 50, con excepción del párrafo a). Añadiendo otra excepción en el núm. 4 del mismo artículo, según la cual, “se renovará la autorización del trabajador que haya tenido un período de actividad de al menos 3 meses por año, siempre y cuando se acredite: a) Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad; b) Que ha buscado activamente empleo, participando en las acciones que se determinen por el servicio público de empleo o bien en programas de inserción socio laboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas, y c) Que en el momento de la solicitud de la renovación tenga un contrato de trabajo en vigor”.

Permiso de trabajo

La Sentencia de instancia estima el Recurso contencioso-administrativo formulado por considerar que sí se cumplen los requisitos del artículo citado, y que aunque solamente cotizara durante 52 días durante el período de vigencia del permiso de trabajo cuya renovación solicita (1 de octubre de 2005 a 30 de septiembre de 2006), ello no es suficiente para desestimar el recurso si se dan los requisitos exigidos por el artículo 54.4 del citado Reglamento.

Esta Sala coincide plenamente con los argumentos contenidos en la Sentencia de instancia, y ello teniendo en cuenta que el interesado ha teniendo un período de actividad superior a 3 meses por año, para distintas empresas (así se desprende de su hoja laboral) demostrando su firme voluntad de buscar trabajo cuando por causas ajenas a su voluntad se ve interrumpida su relación laboral. Así en la hoja laboral que aporta en la pieza separada de medidas cautelares de 24 de mayo de 2007, consta que estuvo trabajado para distintas empresas entre el 10 de mayo de 2005 y el 30 de noviembre de 2005, el 27 de septiembre de 2006 y el 31 de julio de 2007, el 6 de noviembre de 2006 y el 6 de mayo de 2007 y desde el 8 de mayo de 2007 hasta la fecha en que es emitida la certificación) y con el recurso de alzada acompañó una certificación de la Seguridad Social acreditativa de que había cotizado, hasta el 12 de diciembre de 2006, 129 días. En definitiva se dan todos los requisitos exigidos por el artículo 54.4 del Reglamento, incluida la suscripción de un nuevo contrato de trabajo (siendo dado de alta en la Seguridad Social desde el 6 de noviembre de 2006) subsistente en el momento en que se expide el informe sobre su vida laboral que acompaña con el recurso de alzada. La Sala además entiende que el Reglamento en el supuesto excepcional del artículo 54.4 (renovación de la autorización del trabajador que haya tenido un período de actividad de al menos 3 meses al año, en el supuesto de que se haya interrumpido la relación laboral cuya renovación se pretende por causas ajenas a su voluntad) no exige como requisito haber cotizado a la Seguridad Social durante un determinado

período de tiempo por año como ocurre en el supuesto del artículo 54.3 (renovación por acreditar la realización habitual de la actividad para la que se le concedió la autorización durante un período mínimo de 6 meses por año en el que se exige una cotización mínima anual de 6 meses)».

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Fecha: 23 de julio de 2009.

Procedimiento: Rollo de apelación 116/2009.

Ponente: Don Abel Ángel Sáez Domenech.

Voz: Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena: renovación.

Resumen: «PRIMERO. Interpone el presente recurso de apelación el Sr. Abogado del Estado, en nombre y representación de la Delegación del Gobierno en Murcia, contra la Sentencia 485/2008, de 2 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 4 de Murcia dictado el recurso contencioso administrativo 708/2006, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. José Pedro contra la resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 19 de junio de 2006, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Murcia de 1 de diciembre de 2005, dictada en el expediente núm. NÚM000 por la que se denegaba la renovación del permiso de residencia y trabajo solicitada por el recurrente, al estar acreditado que la solicitante en el período comprendido entre el 20 de septiembre de 2004 y el 19 de septiembre de 2005 solamente había cotizado 139 días a la Seguridad Social.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Murcia estima las pretensiones del hoy apelado pues considera que el interesado cumplía los requisitos exigidos por los apartados a), b) y c) del artículo 54.4 del RD 2393/2004, con la única salvedad de haber estado dado de alta en la Seguridad Social únicamente durante 139 días, como reconoce la resolución denegatoria de 1 de diciembre de 2005,

Permiso de trabajo

más la falta de cotización durante los días restantes hasta hacer los 6 meses. Considera que tal circunstancia no parece razón suficiente para denegar la renovación de su permiso de residencia y trabajo, pues de esta forma se vería frustrada la intención del legislador de facilitar la integración social de los inmigrantes en nuestro país. La firme voluntad de la recurrente y de la empresa contratante se deriva de la subsistencia del contrato concertado.

Alega el Abogado del Estado en su apelación para fundamentar el recurso que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, la renovación del permiso de trabajo requiere que el trabajador extranjero acredite haber estado de alta en la Seguridad Social durante un período de 6 meses, sin que quepa otra interpretación más favorable al tratarse de una normativa de orden público.

La parte apelada se opone al recurso al considerar que el artículo 54.4 del Reglamento en ningún momento exige haber estado de alta en la Seguridad social durante un período de 6 meses. Dicha obligatoriedad viene exigida por el Reglamento para un supuesto diferente recogido en el artículo 54.3 y que se refiere al trabajador que está en situación de acreditar la realización habitual de la actividad para la que se le concedió la autorización durante un mínimo de 6 meses por año fijando requisitos diferentes a los establecidos en el artículo 54.4. Así lo reconoce la resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 19 de junio de 2006 frente a la que formuló el recurso contencioso al disponer que acredita 139 días de cotización durante el período de vigencia de su autorización, exigiéndose legalmente que dicho período sea como mínimo de 6 meses por año o al menos de 3 meses siempre y cuando se cumplan también los requisitos establecidos por el artículo 54.4 en sus apartados a), b) y c), no encontrándose el recurrente en ninguno de los dos supuestos. Por último señala que el apelado, según acreditó con la prueba practicada y como señala la sentencia de instancia, cumplía con todos

los requisitos exigidos en los apartados a), b) y c) del artículo 54.4 del Reglamento entre los que no figura de modo alguno la obligatoriedad de haber estado de alta durante un período de 6 meses en la Seguridad Social.

SEGUNDO. Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en la presente resolución.

La Ley Orgánica 4/2000 establece en el artículo 54.3 lo siguiente: “La autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovará a su expiración, en el supuesto de que se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende”. Y sigue diciendo: “Asimismo, se procederá a la renovación cuando el trabajador acredite la realización habitual de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de 6 meses por año, y se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: a) Haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación; b) Disponga de una nueva oferta de empleo que reúna los requisitos establecidos en el artículo 50, con excepción del párrafo a). Añadiendo otra excepción en el núm. 4 del mismo artículo, según la cual, “se renovará la autorización del trabajador que haya tenido un período de actividad de al menos 3 meses por año, siempre y cuando se acredite: a) Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad; b) Que ha buscado activamente empleo, participando en las acciones que se determinen por el servicio público de empleo o bien en programas de inserción socio laboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas, y c) Que en el momento de la solicitud de la renovación tenga un contrato de trabajo en vigor”.

Permiso de trabajo

La Sentencia de instancia estima el Recurso contencioso-administrativo formulado por considerar que sí se cumplen los requisitos del artículo citado, y que aunque solamente cotizara durante 139 días durante el período comprendido entre el 20 de septiembre de 2004 y el 19 de septiembre de 2005, ello no es suficiente para desestimar el recurso.

Esta Sala coincide plenamente con los argumentos contenidos en la Sentencia de instancia, y ello teniendo en cuenta que está acreditado que el extranjero ha tenido un período de actividad superior a 3 meses entre el 20 de septiembre de 2004 y el 19 de septiembre de 2005, como lo acredita el hecho de que cotizara a la Seguridad Social en ese período durante 139 días. Además como señala la sentencia se dan los demás requisitos exigidos por el artículo 54.4 del Reglamento que no se cuestionan de forma expresa, incluido el haber suscrito un nuevo contrato de trabajo el 4 de mayo de 2005 con la empresa "Forhad Mohammed y otro CB" (siendo dado de alta en la Seguridad Social) subsistente en el momento de hacer la solicitud el 16 de septiembre de 2005, habiendo estado inscrito en el Servicio Regional de Empleo y Formación desde el 26 de abril de 2005 (el permiso anterior cuya renovación solicita estuvo vigente entre el 20 de septiembre de 2004 y el 19 de septiembre de 2005). La Sala además comparte el criterio manifestado por la parte apelada de que el Reglamento en el supuesto excepcional del artículo 54.4 (renovación de la autorización del trabajador que haya tenido un período de actividad de al menos 3 meses en el supuesto de que se haya interrumpido la relación laboral cuya renovación se pretende por causas ajenas a su voluntad) no exige como requisito haber cotizado durante 6 meses por año a la Seguridad Social como ocurre en el supuesto del artículo 54.3 (renovación por acreditar la realización habitual de la actividad para la que se le concedió la autorización durante un período mínimo de 6 meses por año)».

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

Fecha: 29 de mayo de 2009.

Procedimiento: Rollo de apelación 738/2007.

Ponente: Doña Esperanza Sánchez de la Vega.

Voz: Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena: renovación.

Resumen: «PRIMERO. La sentencia apelada desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Doña Celestina, contra la resolución de 21 de septiembre de 2006, dictada por la Directora General de Inmigración por delegación del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Murcia, de 29 de septiembre de 2005, por la que se deniega la renovación de la autorización de residencia y trabajo solicitada, dictada en el expediente núm. NÚM000, por ser dichos actos ajustados a derecho, sin que haya lugar a especial pronunciamiento sobre las costas.

En el recurso de apelación se alega:

– Que la desestimación del recurso no respeta el principio de proporcionalidad, principio informador de todo procedimiento administrativo sancionador.

– Que en el recurso de alzada se aceptaban los razonamientos que la Administración invocaba para no conceder lo solicitado; no obstante, se alegaba que el haber cotizado únicamente 91 días se producía por la dificultad de encontrar trabajo estable, que en el sector agrícola éste es de muy corta duración y que no se comunica fehacientemente por parte de los empresarios el alta del trabajador a la Seguridad Social, y no declaran realmente las jornadas realizadas. Concluye que todo ello hace que el trabajador se encuentre en una situación de desventaja a la hora de renovar su permiso de residencia.

Dice también que la aplicación de la normativa no puede ser tan rigorista, a la hora de conceder la re-

Permiso de trabajo

novación del permiso de residencia, debiendo tener en cuenta otros extremos.

SEGUNDO. En cuanto a la primera alegación, relativa al principio de proporcionalidad, simplemente diremos que no nos encontramos ante un procedimiento sancionador, por lo que se trata de una alegación carente de sentido.

La recurrente era titular de un permiso tipo B, renovado con validez de 2 años, hasta el día 5 de junio de 2005, sin que acreditara los períodos mínimos de habitualidad laboral exigidos por la norma, en el artículo 54.3 del Reglamento de la Ley Orgánica, y sin que cumpliera todos los requisitos que permitirían aplicar el artículo 54.4, para renovar la autorización para trabajar, causa alta en el régimen especial agrario con fecha 7 de marzo de 2005.

El juzgador de instancia pone de manifiesto que, si la fecha de inicio de la autorización es de 6 de junio de 2003, no aparece dada de alta en el sistema de la Seguridad Social hasta el 7 de marzo de 2005; además, en el primer año de vigencia de la autorización, no cotizó ningún día, haciéndolo durante el segundo 91.

La propia recurrente reconoce que la Administración tiene razón.

En cuanto al rigor, no es tal, sino que la Administración lo único que puede hacer es cumplir los requisitos impuestos por la normativa aplicable, sin que pueda “inventar” otros para tener en cuenta la situación de la recurrente; si así lo hiciera, la Administración actuaría en contra del ordenamiento jurídico, lo que no sería admisible.

En conclusión, el recurso se desestima, dando por lo demás por reproducidas las argumentaciones del juzgador de instancia, en aras de la brevedad».

NOTA: Se ha optado por comentar conjuntamente las tres sentencias reseñadas más arriba porque en todas y cada una de ellas está presente la interpretación del litigioso artículo 54 del vigente Reglamento de Extranjería. Quienes sean lectores habituales de esta *Revista* habrán observado que con frecuencia se traen a comentario pronunciamientos judiciales que tienen este mismo objeto, pues la práctica administrativa hace una interpretación literal y restrictiva de dicho artículo.

La relevancia del precepto justifica la reproducción literal de los párrafos 3 y 4 del artículo 54 del vigente Reglamento de Extranjería:

«3. La autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovará a su expiración, en el supuesto de que se acredite la continuidad de la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende.

Asimismo, se procederá a la renovación cuando el trabajador acredite la realización habitual de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de 6 meses por año y se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

a) Haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar su renovación.

b) Disponga de una nueva oferta de empleo que reúna los requisitos establecidos en el artículo 50, con excepción del párrafo a).

4. Se renovará la autorización del trabajador que haya tenido un período de actividad de al menos 3 meses por año, siempre y cuando acredite:

a) Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.

Permiso de trabajo

b) Que ha 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.

c) Que en el momento de solicitud de la renovación tenga un contrato de trabajo en vigor».

Por su parte, el artículo 3.1 del CC dispone que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas». La interpretación literal de la norma es el primer criterio que ha de atenderse, pero no el único; el proceso discursivo es único y debe quedar integrado por cada uno de los criterios hermenéuticos (gramatical, histórico, sistemático y social), buscando atender, principalmente y por encima de todo lo demás, al verdadero «espíritu y finalidad de la norma», como también señala el propio artículo 3.1 del CC en su inciso final.

Tratándose de la renovación de una autorización de residencia y trabajo, lo verdaderamente relevante es la incorporación real al mercado de trabajo en orden a garantizar la estabilidad de la residencia y la integración sociolaboral con vocación de permanencia de los extranjeros. Y en el convencimiento de que eso es así, las sucesivas reformas de la normativa sobre extranjería han dirigido sus esfuerzos hacia el establecimiento de un régimen jurídico que favoreciese la renovación de las habilitaciones para trabajo y facilitase la integración del inmigrante.

El camino se inició por el RD 155/1996 (en adelante, Reglamento 1996), según el cual una de las razones que justificaban la reforma reglamentaria era «el objetivo de mejorar la estabilidad y seguridad jurídica de los trabajadores extranjeros, como requisitos para su integración, de acuerdo con las orientaciones del Plan para la Integración Social de los Inmigrantes». En esta norma, la regla general

aplicable era la renovación de las autorizaciones de trabajo y su denegación la excepción, que operaba sólo en los casos plenamente justificados. En cuanto a la objetivación de las condiciones para la concesión de la renovación, el Reglamento de 1996 expresaba hasta cuatro circunstancias que habrían de tomarse en consideración (artículo 78.2), por lo demás comunes para los permisos por cuenta propia y ajena:

a) Ocupación regular y estable durante la vigencia del anterior permiso.

b) Cumplimiento de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social, en particular, si el sujeto responsable del cumplimiento es el propio trabajador.

c) Continuidad en la relación laboral, actividad empresarial o nueva oferta de empleo formulada por empresario responsable.

d) El régimen de reciprocidad existente en el país de origen de los extranjeros.

De todas ellas, la que mayores problemas aplicativos acarreo fue la primera, por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. La propia Administración dictó la Circular 29/1998, de 13 de noviembre, sobre criterios para la renovación de los permisos de trabajo, en la que se fijaron las pautas de orden interno para la interpretación y aplicación de los preceptos del Reglamento de 1996 relativos a la renovación de los permisos de trabajo, en la que se reconoce como uno de los principios inspiradores del nuevo régimen de permisos de trabajo, el «principio positivo a favor de la integración sociolaboral», que en las renovaciones supone la exigencia de una valoración global de las circunstancias del trabajador.

Algunas de esas pautas son recogidas por el vigente Reglamento. Como se sabe, la renovación procede cuando se acredite la continuidad de la actividad durante el tiempo de vigencia de la autorización,

Permiso de trabajo

pero también cuando se acredite la habitualidad de la actividad, habitualidad que se concreta, según las circunstancias, en 6 y 3 meses, lo que parece, en principio, razonable.

Sin embargo, esto no es suficiente, porque una hermenéutica como la utilizada en muchas ocasiones en vía administrativa de las circunstancias que en uno y otro caso debe acreditar el extranjero, implica abocarlo a una situación de irregularidad derivada de la denegación de las autorizaciones administrativas que mal se acompasa con la estabilidad y seguridad jurídica pretendidas. En definitiva, la interpretación rígida del tenor literal de la norma supone un retroceso respecto a la doctrina judicial, que incluso llegó a apreciar la procedencia de la renovación cuando constaba «la ocupación efectiva y la cotización durante un período de tiempo el cual, si bien es corto, ha de reputarse como suficiente» (STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de septiembre de 1999).

Y esto es lo que precisamente destaca de las dos primeras sentencias que se traen a esta sección.

En el supuesto que resuelve la STSJ de Murcia de 23 de julio de 2009, la autoridad administrativa competente deniega la renovación de la autorización de residencia y trabajo a un trabajador de nacionalidad pakistaní sobre la base de que éste ha acreditado que durante el período del 1 de octubre de 2005 al 30 de septiembre de 2006 (plazo de vigencia de su autorización administrativa inicial) sólo ha cotizado 52 días a la Seguridad Social. Presentado recurso contra la resolución denegatoria, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Murcia estima las pretensiones del trabajador, y la presente Sentencia confirma, sobre la base de que, si bien es cierto que durante el período indicado tan sólo cotiza 52 días, no lo es menos que desde el día 6 de noviembre de 2006 se encuentra en alta ininterrumpida hasta el día 12 de diciembre del mismo año, fecha de expedición de su informe laboral acompañado con su recurso de alzada. Y considera que «la

falta de cotización durante el primer año de vigencia de su permiso, no es suficiente para denegar la renovación solicitada», y «de aplicarse el precepto en todo su rigor se vería frustrada la intención del legislador de facilitar la integración social de los inmigrantes en España».

La segunda Sentencia, también del TSJ de Murcia y de la misma fecha, declara que procede la renovación de la autorización de residencia y trabajo inicial del trabajador extranjero que acredita haber cotizado a la Seguridad Social un total de 139 días durante el período de vigencia de la referida autorización, tiempo que considera suficiente para aplicar el artículo 54.4, al cumplir asimismo los requisitos exigidos en sus letras a), b) y c). Entiende, al contrario de lo manifestado por el Abogado del Estado en su apelación para fundamentar el recurso, que la exigencia de haber estado dado de alta en la Seguridad Social durante un período de 6 meses constituye una obligatoriedad para un supuesto diferente recogido en el artículo 54.3 del vigente, “que se refiere al trabajador que está en situación de acreditar la realización habitual de la actividad para la que se le concedió durante un mínimo de 6 meses para año fijando requisitos diferentes a los establecidos en el artículo 54.4”.

Como se ha dicho anteriormente, el citado artículo 54 no está exento de problemas interpretativos. Una de las cuestiones debatidas es la que se refiere a si alguna de las condiciones señaladas en el mencionado precepto es preferente. Al respecto ha de decirse que, si bien la continuidad en la relación laboral durante el plazo de vigencia de la autorización que se pretende renovar es la situación ideal, el legislador ha optado por no otorgar prioridad a ninguna de las condiciones establecidas para la renovación de la autorización; por tanto, la aplicación de los supuestos de actividad mínima de 6 o 3 meses no resulta excepcional.

En cualquier caso, en ambos pronunciamientos es importante destacar que a juicio del Tribunal con-

Derecho penal

curren circunstancias debidamente acreditadas que justifican la voluntad de desempeñar un trabajo de forma continuada. En este sentido, resulta sumamente oportuno que se resalte que lo que debe primar es la incorporación efectiva en el mercado laboral interno y la perspectiva futura de empleo frente al rigor formal en la interpretación literal de la norma. Por otra parte, no olvidemos, constituyen un colectivo de específica atención por sus especiales dificultades de inserción (Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo).

Por su parte, la STSJ de Murcia de 29 de mayo de 2009 desestima el recurso de apelación interpuesto por una trabajadora extranjera contra la sentencia que desestima el recurso contencioso-administrativo, que asimismo desestima el recurso de alzada interpuesto por la trabajadora contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Murcia de 29 de septiembre de 2005, por la que se deniega la renovación de la autorización de residencia y trabajo.

La trabajadora no acredita el período mínimo de 6 meses que avale la habitualidad laboral exigido por el artículo 54.3 del Reglamento de 1996, pero tampoco cumple los requisitos que incorpora el párrafo 4 del mismo artículo 53, en sus letras a), b) y c). Además, es un hecho probado que aunque la fecha de inicio de la autorización es de 6 de junio de 2003, no es dada de alta en Seguridad Social hasta el 7 de marzo de 2005, de forma que durante el primer año de vigencia de autorización no cotizó ningún día.

Seguramente, en el momento de la renovación de una autorización para trabajo en el sector agrícola resulta necesario ponderar sus características peculiares, pues no le falta razón al letrado cuando afirma que en dicho sector es difícil encontrar trabajo estable, las actividades suelen ser de corta duración y con frecuencia los empresarios no declaran las jornadas realmente realizadas. En este sentido, era muy ilustrativa la Circular 29/1998, de 13 de noviembre, sobre criterios para la renovación de los permisos de trabajo, que si bien se dicta en

desarrollo del Reglamento de 1996, declaraba que «Con independencia de la fecha formal de efectos del permiso anterior, habrá de tenerse en cuenta la fecha real en que el trabajador ha podido comenzar su actividad (Resolución laboral unida al visado, exención o residencia legal), evitando penalizarlo por circunstancias o decisiones de las que no ha sido responsable (Instrucción 3.2 *in fine*)». Pero en este caso, al no cumplir los requisitos previstos por la norma reglamentaria en el artículo 54.4, lo que el Tribunal debe comprobar es si, en su caso, concurren las circunstancias de aplicación del párrafo anterior, en el que se pide la acreditación de 6 meses de actividad habilitada por año, lo que tampoco queda acreditado ni existen circunstancias particulares que permitan justificar la falta de cotización».

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora.

Fecha: 6 de abril de 2009.

Procedimiento Abreviado: 9/2008.

Ponente: Don Luis Brualla Santos-Funcia.

Voz: Inmigración clandestina: sociedad mercantil: objeto social ficticio.

Resumen: Los acusados convinieron en la creación de una sociedad mercantil con el objeto social, ficticio, de dedicación al cultivo de productos hortofrutícolas asiáticos, que justificaba la necesidad de conocedores de técnicas pretendidamente exóticas, que garantizaba la ausencia de cultivadores nacionales, la obtención de certificaciones negativas del INEM, que a su vez permitían obtener la autorización temporal y trabajo por cuenta ajena inicial de la Subdelegación del Gobierno.

«Los hechos declarados probados, fruto de la convicción alcanzada por este Tribunal en el ejercicio de la función que le corresponde de apreciar y va-

Derecho penal

lorar las diligencias probatorias actuadas en este juicio a la luz de lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en base a la motivación que posteriormente se expondrá, han de ser calificados jurídicamente como legalmente constitutivos de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros por tráfico ilegal o emigración clandestina que se encuentra previsto y penado en el artículo 318 bis.1 del Código Penal, texto modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que por tratarse de un delito de mera actividad se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido.

En el presente supuesto concurren todos los elementos que integran el tipo del delito precedentemente definido, señalando que el artículo 318 bis del Código Penal sanciona la conducta, del que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España.

En efecto y frente a las manifestaciones de las defensas letradas, sin embargo, doctrinal y jurisprudencialmente se considera que por tráfico ilegal debe entenderse cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración; por ello el tráfico ilegal no es sólo el clandestino sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada como turista pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación (Sentencia de 8 de abril de 2008).

El precepto penal concernido fue introducido por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada después por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, integrando todo el T. XV Bis "Delitos

contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros" creado por dicha reforma.

Es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (artículos 25 y ss.).

En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación que, sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.).

Deben así diferenciarse las situaciones siguientes: estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal.

De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (por ejemplo, con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de una naturaleza administrativa.

Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros re-

Derecho penal

quisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

El Tribunal Supremo tiene asimismo señalado (STS de 28 de septiembre de 2005), que el tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera como la utilización de fórmulas autorizadores de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones. La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la propia Ley de Extranjería LO 4/2000 (...) concretamente en el Título II: (...) y su Reglamento, aprobado por RD de 26 de junio de 2001, con texto vigente aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre [con carácter general el artículo 25 de la Ley de Extranjería regula los requisitos para la entrada en territorio español, estableciendo que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, debería presentar los documentos que se determinan reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios].

En la misma línea (STS de 10 de mayo de 2007) tiene dicho nuestro Alto Tribunal que la clandestinidad a que se refiere el tipo penal no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte

su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país, con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (SSTS de 28 de septiembre de 2005, 5 de junio de 2006).

Por ello el tipo comprende a quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría otros requisitos que así resultan burlados, sin perjuicio de que las personas de cuya inmigración se trate hayan de responder administrativamente.

Ha de considerarse, además, que se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción y favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido.

En nuestro caso, la prueba acreditada ha dejado evidenciado de forma absolutamente contundente que los acusados susodichos Edmundo y Héctor convinieron en la creación de una sociedad mercantil ("Rong Yung 2004 SL") con el objetivo social, ficticio, de dedicación al cultivo de productos hortofrutícolas asiáticos que justificaba la necesidad de conocedores de técnicas pretendidamente exóticas, que garantizaba la ausencia de cultivadores nacionales y la obtención de las certificaciones negativas del INEM, que a su vez permitían obtener la autorización temporal y trabajo por cuenta ajena inicial de la Subdelegación del Gobierno, como así sucedió.

El carácter simulado del objetivo social resulta tanto del hecho de que no se ha acreditado que ninguno de los dichos ciudadanos chinos contratados haya residido en el domicilio señalado en Ayoó de Vidriales ni en San Pedro de Ceque, ni tampoco

Derecho penal

que la empresa haya tenido actividad alguna. Ítem más la empresa nunca dispuso de una extensión superficial agrícola que justificara la necesidad de contratación de los 16 trabajadores de nacionalidad china.

En definitiva lo expuesto, síntesis de los hechos probados, resulta no sólo de la documental obrante en las actuaciones, sino también de las declaraciones de los imputados puestas en relación con la testifical practicada en el acto del juicio oral a la inmediación de esta Sala y con efectiva contradicción, lo que ha permitido conformar la convicción de este Tribunal, de que los susodichos acusados han obrado dolosamente al convenir la formación de la mentada sociedad que no respondía a un propósito cierto de emplear a los súbditos extranjeros en la pretendida explotación agrícola, sino con la exclusiva finalidad de introducir ciudadanos chinos en España eludiendo las disposiciones legales que regulan la inmigración, permitiendo la deducción razonable y lógica de que tal sociedad no es sino la “tapadera” o cobertura legal de una trama destinada al tráfico ilegal de trabajadores extranjeros, con simulación absoluta, que permite la sospecha de encontrarnos en el marco de un lucrativo y suculento negocio, a todas luces ilegal, sospecha no menos lógica y racional, que, sin embargo, entendemos que no ha quedado acreditada en autos suficientemente, probablemente por una deficiente instrucción, y, por tanto, por aplicación del principio procesal *in dubio pro reo*, no entendemos que sea de aplicación al supuesto enjuiciado el subtipo agravado recogido en el citado artículo 318.bis.3 del Código Penal (“Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas”), por el que también se acusaba por el Ministerio Fiscal, pues aunque Edmundo reconoció que por el coimpu-

tado Héctor se le había ofrecido una cantidad de 10 o 12.000 euros por los perjuicios causados por la ausencia de los trabajadores chinos y que este último exhibía un tren de vida que no se justificaba en su trabajo de camarero, ya que acudió a San Pedro de Ceque en un vehículo de alta gama y es propietario de la vivienda en que tiene su domicilio, sin que haya acreditado su carácter de comerciante y negocios lícitos a los que dijo dedicarse en su “última palabra”. Por otra parte la cantidad pagada, según declaró Cosme, que no compareció a declarar ante esta Sala en el acto del plenario, de 13.000 yuanes chinos al suegro Héctor, no parece excesiva respecto de los gastos de viaje que pudieran ocasionarse.

Ello no obstante, la subsunción de la conducta de los antedichos Edmundo y Héctor en el tipo penal recogido en el artículo 318.bis.1 del CP, pues aun cuando los ciudadanos que denunciaron hayan entrado aparentemente en España con la documentación en regla, es incontestable; ya que, aunque exista la cobertura jurídica de la empresa y la regularidad formal de los documentos, al no responder los mismos a una realidad contractual contrastada, y no deducirse el propósito inicial de contratar a los sujetos, la documentación administrativa no es más que un instrumento, una “fórmula autorizadora” del ingreso en España, dirigida únicamente al fin de conseguir el ingreso en España de ciudadanos extranjeros, a cambio de un precio, para aprovecharse así, de un negocio que explota el ansia de salir de la miseria y alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida de los ciudadanos más desfavorecidos de otros países.

Con ello, es indiferente, para la calificación de los hechos y el ejercicio de subsunción, la infracción administrativa en que hayan podido incurrir los ciudadanos extranjeros que lograran entrar, sin propósito alguno de emplearse con la empresa agrícola “Rong Yung 2004 SL”, es decir, conscientes del fraude en que incurrieran los meritados trabajadores de nacionalidad china, sin perjuicio de que los mis-

Derecho penal

mos pudieran realmente confiar en tener el puesto de trabajo que se le ofrecía u otro que le proporcionaran los acusados en empresa o lugar distinto».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 16 de julio de 2009.

Recurso de Casación: 1857/2008.

Ponente: Don Francisco Monterde Ferrer.

Voz: Inmigración clandestina: ánimo de lucro.

Resumen: Se declara no haber lugar a la admisión del recurso interpuesto por los recurrentes al quedar probada su participación en el traslado, de forma oculta, de una persona sin la documentación necesaria, con el fin de acceder al territorio español a cambio de una contraprestación económica.

«La representación procesal de la recurrente formula el primer motivo de su recurso al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por indebida aplicación del artículo 318 bis 1 y 3 del CP.

A) Viene a alegar la recurrente que no cabe incluir la actuación de la acusada en el tipo básico del artículo 318 bis ni en el subtipo agravado, puesto que por los hechos y circunstancias expuestos durante el proceso de instancia la acusada no debía de conocer la situación irregular del inmigrante, aspecto que no consta como hecho probado; igual argumento se emplea para considerar la debida aplicación del subtipo agravado de ánimo de lucro –sic–.

B) La naturaleza del motivo obliga a partir de los estrictos términos del relato probatorio (STS de 13 de abril de 2004).

C) Y en el de autos el Tribunal de instancia relata cómo las tres acusadas circulaban en el vehículo, propiedad de la recurrente y conducido por ella, por el puerto de Ceuta al objeto de acceder a uno de los transbordadores de la línea regular que une dicha ciudad con la de Algeciras cuando agentes

del Cuerpo Nacional de Policía que realizaban el control previo al embarque detectaron que viajaba oculto en el suelo de los asientos traseros ocupados por una de las tres acusadas y una cuarta persona no enjuiciada –menor–, cubierto por algunos objetos, una persona extranjera que carecía de cualquier autorización o documentación para acceder a la Península como era el objetivo de las acusadas, conducta que fue llevada a cabo por ellas a cambio de una cantidad de dinero indeterminada o de alguna otra contraprestación valorable económicamente.

Es evidente que el hecho así descrito, trasladar oculta a una persona que carece de autorización y documentación para acceder a la Península y hacerlo con este objetivo, que acceda al territorio quien carece de documentos para ello, a cambio además de una contraprestación económica, es un supuesto encajable en el artículo 318 bis apartados 1 y 3 del CP, cuya aplicación no supone infracción alguna. Y a mayor abundamiento el Tribunal razona (...) la pena impuesta acudiendo a la posibilidad prevista en el párrafo 6.º del 318 bis por lo que rebaja en un grado la pena –que en principio había de ser de 6 años como mínimo– y la fija en 3 años y 6 meses siendo el mínimo legal tras la rebaja indicada el de 3 años, por lo que, en definitiva la pena impuesta es incluso inferior a la prevista para el tipo básico, que es de 4 a 6 años.

(...).

A) Alega la recurrente que la declaración del testigo policía incurre en múltiples contradicciones reveladoras de que en realidad el inmigrante no podía ir oculto, que las manifestaciones de las acusadas coinciden en los puntos fundamentales y que el razonamiento para inferir el ánimo de lucro es irracional.

B) El control que cabe hacer en el ámbito de recurso de casación se limita a los aspectos no comprometidos con la inmediatez, si bien se extiende a los

Derecho penal

aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Reiteramos la asunción para la casación de la función de controlar "... que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba..." (STS de 13 de julio de 2007).

C) Y en el caso de autos la condena de la acusada como responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros obedece a una fundada apreciación de los datos acreditados en autos: así, se contó con las manifestaciones del testigo policial quien narró lo sucedido sobre cómo al apreciar que las ocupantes del asiento trasero del vehículo tenían las rodillas muy altas comprobó que en el suelo estaba oculto un sujeto cubierto con diversos enseres y una manta, la Sala de instancia razona minuciosamente cómo las pretendidas contradicciones del testigo, cuya objetividad no fue cuestionada, no fueron tales pese a las "insidiosas" intervenciones de las defensas; así la sentencia muestra cómo el testigo narró con lógica que le llamó la atención que las rodillas de las ocupantes posteriores estuvieran muy elevadas y cómo encontró al extranjero y la forma en que estaba oculto, cómo iba oculto con una manta y enseres, sin que el Tribunal diera trascendencia –con lógico criterio– a la duda que suscitaron las defensas con su insistencia sobre si era una manta o no, puesto que en el atestado se afirmaba que era una manta como dijo el testigo espontáneamente, siendo indiferente que fuera ropa, más dado el tiempo transcurrido y las circunstancias del caso. El Tribunal otorgó al testigo la credibilidad que no atribuyó ni a las acusadas ni a la testigo de descargo, respecto de la cual llega la Sala de instancia a acordar que, vista –cuando menos– su mendacidad al mantener que el inmigrante no viajaba oculto en el vehículo, se deduzca testimonio para la Fiscalía de Menores ante la posible comisión de un delito.

Porque las manifestaciones de las acusadas, ciertamente conforme al acta de juicio, resultaron no sólo contradictorias con las del testigo policial, pues todas afirmaron que el inmigrante iba sentado en el asiento trasero y no oculto, sino que fueron "deslavazadas" lo que se apreció "sólo analizando la forma de deponer", con notables vacilaciones, llegando en el caso de la acusada Najat a no saber siquiera contestar por qué subieron al inmigrante al vehículo –según su propia versión– tan cerca del transbordador e inverosímiles; analiza la sentencia lo ilógico de la tesis defensiva, subiendo al vehículo a una persona sin billete por altruismo teniendo que pasar los controles policiales, y negando siempre que la misma fuera escondida, para concluir no sólo la comisión del delito sino la innegable intención de obtener a cambio un beneficio económico, puesto que no hay ninguna relación –el parentesco próximo, por ejemplo– o elemento que justifique qué movía a las acusadas a intentar pasar a un ciudadano extranjero de un continente a otro cuando carecía de autorización para ello y con los evidentes riesgos que ello acarrea.

Considera la sentencia por tanto que, tratándose de un extranjero oculto en la forma dicha, en puertas de acceder a uno de los transbordadores que unen Ceuta con Algeciras, que carecía de documentación que le autorizara a ello, desconociendo el Tribunal la existencia de otras finalidades y circunstancias, la conducta acreditada consciente y voluntaria dirigida a que alcanzase la Península burlando el control de los requisitos administrativos se subsume en el artículo 318 bis 1 y 3 del CP.

No se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque el Tribunal de instancia ha valorado racionalmente las pruebas practicadas para llegar a su conclusión».

Homologación

HOMOLOGACIÓN

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 29 de enero de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 415/2007.

Ponente: Don Fernando de Mateo Menéndez.

Voz: Homologación de especialidad médica obtenida en Argentina a la española de médico especialista en pediatría. No equivalencia de la duración (3 años frente a 4).

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente. El programa formativo del título de médico pediatra obtenido en Argentina fue valorado como insuficiente en su duración habiendo notables diferencias con el español en áreas como digestivo, respiratorio, sistema nervioso y legislación sanitaria.

«La recurrente impugna la resolución de 20 de febrero de 2007 del Secretario de Estado de Universidades, por la que se desestima la petición de homologación de la resolución de Registro y Autorización en la Especialidad de Pediatría, expedida por el Colegio de Médicos de la Provincia de Santa Fe (Argentina), al correspondiente a título español de Médico Especialista en Pediatría y sus Áreas Específicas.

Alega la actora, en primer término, la nulidad de la resolución recurrida por falta de motivación. En segundo término, se aduce que reúne los requisitos para obtener la homologación del título pretendido, ya que ha tenido un período formativo de 4 años de duración, y en el programa formativo no se observa ninguna deficiencia desde el punto de vista programático en cuanto a las materias respecto del programa español que se contiene en la Guía de Formación de Especialistas: pediatría y sus áreas específicas. Por ello, se solicita que el derecho a la homologación del título de Especialista en Pediatría obtenido en Argentina, por el título español de Médico Especialista en Pediatría y sus Áreas

Específicas, y, con carácter subsidiario, la nulidad de la resolución impugnada por falta de motivación.

(...).

En el caso de autos, el juicio de equivalencia, en duración y contenidos, que implica la homologación solicitada ya fue objeto de la oportuna apreciación técnica por parte de la Comisión Nacional de la especialidad, concluyéndose que en los estudios de especialización médica conducentes a la expedición del título argentino no existía equivalencia de duración con los requeridos en la formación española (3 años frente a 4). En efecto, como dice la propia demandante en la demanda existen en Argentina dos sistemas para la formación de especialistas en Pediatría, el de concurrencia y el de residencia. La actora eligió primero el sistema de concurrencia, en el que estuvo un año, y luego se pasó al sistema de residencia en el que estuvo 3 años, y, entre ambos sistemas "... desde el punto de vista cualitativo no existen diferencias sobre las materias propias de la especialidad de Pediatría (...), sino que las diferencias se encuentran en cuanto al horario...". Pues bien, la Administración, al ser los programas los mismos entre el sistema de concurrencia y el de residencia, solamente ha considerado de manera acertada los 3 años de período formativo correspondientes al sistema de residencia.

Por otro lado, ha de señalarse que el juicio de equivalencia sólo se hace sobre el programa formativo que desencadena la expedición del título extranjero de especialista médico (punto cuarto de la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1991), en este caso de médico pediatra argentino. El programa formativo que desencadena la expedición a favor de la actora del título de médico pediatra argentino fue valorado por la Comisión Nacional de la Especialidad como insuficiente en duración (no se cuestionó la equivalencia en contenidos), habiendo notables diferencias en áreas tales como digestivo, respiratorio, hematología, oncología, endocrinología,

Homologación

nefrourología, sistema nervioso, pediatría social y legislación sanitaria.

El referido juicio de la Comisión no parece, al menos inicialmente y desde nuestra lógica falta de conocimiento en la materia, como absolutamente erróneo o arbitrario, y no puede prevalecer frente al criterio técnico sostenido por el recurrente en su demanda, por lo demás no avalado siquiera con una prueba pericial, escapando al control de este Tribunal en consideración al principio de discrecionalidad técnica».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 9 de junio de 2009.

Recurso de Casación: 1195/2007.

Ponente: Don Antonio Martí García.

Voz: Homologación de título especialista en anatomía patológica: Venezuela.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente, quien no superó las pruebas teórico-prácticas de equivalencia en dos ocasiones.

«Además, en el caso de autos, todo lo concerniente a la procedencia de la homologación de los títulos por la plena equivalencia de contenidos y la no procedencia al sometimiento de una prueba de conjunto debería haberse hecho valer en impugnación de la resolución de 28 de enero de 2003, ya que la resolución aquí recurrida no es más que una consecuencia de lo ya determinado de forma firme y consentida en la antedicha, y el contenido de la aquí impugnada se limita a constatar la no superación de la prueba de conjunto en dos ocasiones con la lógica derivada de la desestimación de la homologación en la medida que la misma se supeditó, de forma incontrovertida por la actora, a tal prueba. Así, ninguno de los argumentos de fondo de la actora guarda relación con el contenido del acto recurrido y de conformidad con el apartado segundo de la OM de 14 de octubre de 1991 que dispone que: “2. En el supuesto de que los aspirantes a la homologa-

ción que se sometan a la prueba citada en el párrafo anterior no consigan superarla, podrán repetirla por una sola vez, transcurrido un año”.

(...).

El tercer motivo de casación, formulado al amparo también del apartado d) del artículo 88.1 de la LRJCA, reprocha a la Sentencia de 31 de enero de 2007 la infracción del artículo 2 del Real decreto 86/1987, al sostener la recurrente que únicamente proceden las pruebas a las que se ha sometido en aquellos casos en que no haya equivalencia entre el Título extranjero y el español, lo que a su juicio no concurre en el presente recurso.

Procede rechazar también este motivo, pues difícilmente ha podido incurrir la sentencia impugnada en infracción del precepto invocado por la actora, cuando dicho artículo 2 del Real Decreto 86/1987 no ha sido, ni en sede jurisdiccional, ni en vía administrativa, objeto de debate litigioso alguno. Adviértase que el acto administrativo impugnado, la Resolución dictada por el Secretario de Estado de Universidades e Investigación de fecha 10 de marzo de 2005, desestimatoria de la solicitud de homologación del Título de Especialista en Anatomía Patológica obtenido en Venezuela, por el correspondiente título oficial español, constituye la lógica consecuencia, *ex lege*, de la no superación por parte de la aspirante de las dos pruebas teórico-prácticas contempladas por la Orden de 14 de octubre de 1991 y voluntariamente practicadas por la ahora recurrente en fechas 12 de mayo de 2003 y 22 de noviembre de 2004. En otras palabras, la resolución administrativa objeto de la presente *litis* en ningún momento entra a valorar la procedencia o no de las pruebas de conjunto ni se plantea cuestiones de equivalencia de títulos, tan sólo desestima la solicitud de homologación en base a los datos objetivos derivados de la no superación de las pruebas, todo ello al amparo del artículo segundo 1 de la citada Orden de 14 de octubre de 1991».

Homologación

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 9 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 779/2007.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Homologación del título de ingeniero de caminos, canales y puertos obtenido en Colombia.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Procede la homologación de los dos títulos: las carencias detectadas se subsanan con una formación especializada posterior en Gerencia de Construcciones.

«En el caso de autos se parte de dos homologaciones extranjeras, título de ingeniero civil con una especialización posterior, que convergen en un título universitario oficial español. El Consejo de Coordinación Universitaria examinó la doble titulación del recurrente en su reunión de 28 de mayo de 2007 y estableció una carga académica global (teoría y práctica) de 310 créditos equivalentes. Por lo que la carga lectiva global cubre sobradamente las exigencias de la titulación española.

En cuanto a los contenidos, tanto en dicho informe como en el elaborado a fecha 3 de abril de 2009, que obra en el ramo judicial de prueba de la recurrente, se pone de manifiesto que la titulación de Ingeniero Civil colombiana en cuanto a las materias troncales presentaba carencias “alcanzando un porcentaje del 20 por 100 aproximadamente” llegándose a detallar, troncal por troncal, el número de créditos cursados y el tanto por ciento que ello representa e relación a la titulación española. De hecho el Consejo de Coordinación Universitaria, sólo asume un 0 por 100 de créditos cursados en relación a la troncal de Ingeniería Marítima y Costera y considera insuficientemente cursada la troncal de Mecánica de Medios Continuos e Ingeniería de Materiales que la considera cursada al 11,11 por 100. El resto de las troncales, bien las considera completamente cursadas (10 asignaturas) o suficientemente cursadas (5 asignaturas) o cursadas con carencias (3 asignaturas). El órgano técnico ha sido totalmente explícito en sus dos informes al

manifestar que sobre lo anterior también se evaluó la formación de especialista en Gerencia de Construcciones entendiendo que complementaba y suplía los créditos no cubiertos por la titulación de Ingeniero Civil sin necesidad de la superación de una formación complementaria. Conviene señalar a la entidad colegial recurrente que el informe del Consejo de Coordinación Universitaria ha cubierto todas y cada una de las materias troncales de obligatoria inclusión en los planes de estudios conducentes a la obtención de la titulación de Ingeniero de Caminos Canales y Puertos partiendo de la descripción de contenidos y créditos que se detallan en el Real Decreto 1425/1991, de 30 de agosto, por lo cual difícilmente puede haber ausencia en la valoración detallada en relación a determinadas troncales. En cuanto a la carga horaria, el Consejo de Coordinación Universitaria ha tenido como base la certificación académica donde se expone, por cada asignatura, los créditos (CR) y la intensidad horaria (INT) y ya se indicó como observaciones al informe de 2007 que el número de créditos asignados a una determinada materia troncal ha sido, como máximo, igual a la de la titulación española de referencia y que “la asignación de créditos se ha realizado bien por equivalencia directa, bien por contenidos dispersos en asignaturas con diferente denominación o bien por compensación del déficit en determinados descriptores con estudios en materias propias del ámbito de conocimiento con mayor carga de créditos que la consignada en el título español”.

Por otro lado en la demanda no se hace ningún desarrollo argumental centrado en la formación especializada posterior en Gerencia de Construcciones cuyo plan de estudios, descriptor de asignaturas y certificación académica obra en el expediente, para cuestionar que cumpla la función complementaria de las carencias detectadas, función que le atribuía el propio Consejo de Coordinación Universitaria en el marco de las carencias por él ya detectadas.

Así, ante los límites a las facultades revisoras de los Tribunales que impone la discrecionalidad técnica

Homologación

y no habiéndose desvirtuado en este concreto recurso la valoración técnica, objetiva y suficientemente motivada, realizada en dos ocasiones por el órgano administrativo competente para ello, y que por lo tanto ha de prevalecer, debe desestimarse la demanda.

Por todo ello la demanda ha de desestimarse».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 21 de julio de 2009.

Recurso de Casación: 2792/2006.

Ponente: Don Antonio Martí García.

Voz: Homologación del título «Bachelor of Arts» obtenido en EEUU al español de Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración.

Resumen: Se declara inadmisile el recurso interpuesto por la Administración del Estado y se concede la homologación solicitada al acreditarse el cumplimiento de los tres requisitos legalmente exigidos, como son, tener el título, superar los estudios postsecundarios de duración mínima de 3 años y que la formación se haya adquirido en la Comunidad.

«En el presente recurso se impugna la resolución del Ministro de Educación, Cultura y Deporte, de 19 de junio de 2003, por la que se deniega la solicitud de homologación del título de Bachelor of Arts obtenido en la University of South Florida (Estados Unidos) al español de Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración.

La Administración se basa en que los estudios conducentes a la obtención del título cuya homologación se pretende no se cursaron en su integridad en Universidades, Instituciones o Centros de enseñanza superior debidamente reconocidos para impartir en España estudios de nivel universitario, por lo que la denegación se articula de conformidad con el artículo 86.3 de la LO 6/2001 de 21 de diciembre, de Universidades, en relación con el RD 86/1987.

(...).

Se plantea en el presente recurso la homologación del título de Bachelor of Arts obtenido en la University of South Florida (Estados Unidos) al español de Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración, tras la realización de los correspondientes estudios en las instituciones que dicha Universidad tenía situadas en Alemania y España. En concreto en nuestro país el centro estaba en el Campus de la Base Aérea de Torrejón, Madrid. El mencionado centro no contaba con autorización para impartir enseñanzas conducentes a la obtención de títulos universitarios extranjeros en el marco del RD 578/1991, de 12 de abril, sobre Creación y Reconocimiento de Universidades y Centros Universitarios.

(...).

La cuestión que se ventilaba en los recursos referenciados y en este mismo que ahora se sustancia gira, en síntesis, en la denegación por parte del Ministerio de Educación de la solicitud de homologación del título obtenido por los interesados en diferentes disciplinas –Bachelor of Arts in Bussiness Administration with a General Degree, Bachelor of Arts in Business, Bachelor of Arts in Tourism, Bachelor of Science in Technology Management y Higher National Diploma Engineering o Bachelor of Science– y emitidos por las Universidades de Gales, Colorado y Wolverhampton, tras la realización por los solicitantes de los correspondientes estudios en centros radicados en España que, en la época en que se cursaron parte o la totalidad de los estudios, carecían de autorización oficial para impartir las enseñanzas conducentes a la expedición de un título universitario extranjero.

Esta circunstancia condujo al Ministerio a señalar que no era posible la homologación del título, puesto que no procedía tal homologación de títulos extranjeros cuando el total o parte de la enseñanza se hubiese desarrollado en España en Centros o

Homologación

Instituciones no autorizados para la impartición de estudios universitarios, implicando que homologar títulos logrados en tales condiciones supondría eludir, a través de una vía indirecta, la aplicación de las normas de este último reglamento y dar por buena una formación que no puede tener validez oficial, precisamente, porque el centro que la impartió no estaba autorizado para hacerlo.

Las sentencias impugnadas de la Audiencia Nacional, sin embargo, consideran superado el debate y aplican la doctrina emanada de resoluciones anteriores de la misma. De esta manera, argumentan que una cosa es la homologación de títulos extranjeros de educación superior y otra distinta los requisitos que han de cumplirse para crear Universidades o centros universitarios y, consecuentemente, como aquí estamos ante el primer supuesto, lo procedente es aplicar el Real Decreto 86/1987, que es el que lo regula, en donde no se exige que el centro en el que se haya cursado la formación que llevó a la obtención del título o títulos cuya homologación se pretende esté autorizado para impartir en España títulos universitarios conforme al Real Decreto 557/1991. Por ende, no puede ser causa de denegación de una solicitud la falta de tal autorización, debiendo tramitarse el correspondiente expediente conforme al Real Decreto 86/1987, solicitando informe a la Comisión Académica del Consejo de Universidades y resolviendo en consecuencia.

(...).

(...) puede extraerse del artículo 2 del Real Decreto 1665/1991 que como requisito para ejercer en España una profesión regulada por nacional de un Estado miembro de la Unión Europea únicamente se exige estar en posesión de un título obtenido en un Estado de la Unión Europea, y ello con independencia del lugar en que los estudios se cursaron, pues el artículo 1 define como título, “cualquier título expedido por una Autoridad competente en un Estado miembro, que acredite que el titular ha superado un ciclo de estudios postsecundarios de una

duración mínima de 3 años en una Universidad, en un Centro de Enseñanza Superior o en otro Centro del mismo nivel de formación y que posee las cualificaciones profesionales requeridas para acceder a una profesión regulada en dicho Estado miembro, siempre que la formación haya sido adquirida principalmente en la Comunidad o el titular tenga una experiencia profesional de 3 años acreditada por el Estado miembro que haya reconocido el título”; es decir, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: título, superación de estudios postsecundarios de duración mínima de 3 años y que la formación haya sido adquirida en la Comunidad. Dichos requisitos concurren en el interesado, por lo que debe estimarse su recurso de casación, sin que pueda observarse la existencia de un fraude de ley, en atención a lo que a continuación se dirá”. En definitiva, el criterio que lleva a esta Sentencia a estimar el recurso de casación es, sustancialmente, el que hemos observado a propósito de la homologación del título de Don Moisés, ya que el problema que resuelve es, en el fondo, el mismo: la aplicabilidad de las normas sobre autorización de Universidades y Centros Universitarios a los procedimientos de homologación de títulos o de habilitación para el ejercicio profesional. Aplicabilidad que se estima improcedente, según la normativa anterior a la Ley Orgánica 6/2001, en la Sentencia citada y en la que estamos dictando».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 23 de julio de 2009.

Recurso de Casación: 1729/2008.

Ponente: Don Antonio Martí García.

Voz: Homologación del certificado de especialista en Cirugía Plástica obtenido en Argentina: superación de la prueba teórica-práctica.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. La diferencia en los contenidos entre el título argentino y el español de especialista médico conlleva la necesidad de superar una prueba teórico-práctica para obtener la homologación.

Homologación

«(...) En el mismo sentido, el apartado cuarto de la referida Orden establece que las resoluciones de los expedientes de homologación se adoptarán teniendo en cuenta la equivalencia existente en cuanto a nivel y calidad de enseñanza, contenido y duración entre los programas formativos extranjeros acreditados por los solicitantes y los exigidos oficialmente en España, en congruencia con lo cual, y entre la documentación que debe acompañarse a la solicitud, se exige la certificación acreditativa del programa formativo realizado por el solicitante comprensivo de los extremos que señala el apartado séptimo d), y a la vista de tal juicio valorativo o de ponderación, procederá la convalidación si se aprecia la equivalencia necesaria, la sujeción de la convalidación a la previa superación de la prueba o formación complementaria, o la denegación de la convalidación si no se dan los requisitos mínimos de equivalencia para ello.

Por tanto, el juicio de equivalencia sólo se hace sobre el programa formativo que desencadena la expedición del título extranjero de especialista (...), en este caso el título argentino de médico especialista en Cirugía Plástica, y es evidente que el programa formativo cumplido por el recurrente en Argentina es el mismo en 2002 que en 1994 pues quedó concluido con la formación seguida en el Hospital Municipal de Vicente López “Profesor Bernardo Houssay” como hospital asociado a la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires y con la superación del examen efectuado por la Comisión de Evaluación de Especialistas en junio de 1994 (el recurrente obtuvo un promedio final de 7,55 puntos). En ningún caso se alega ni se prueba que exista una doble formación con contenido distinto. Sobre la base de la formación anteriormente descrita y de la superación del examen de evaluación final, el recurrente no obtuvo una doble titulación sino una autorización del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires para utilizar el título de Especialista (autorización que no es título académico) y una autorización, que no un título como se pretende hacer valer por el recurrente, del

Ministerio de Salud y Acción Social de la República Argentina para “anunciarse como especialista en cirugía plástica”, certificación en la que expresamente se hace constar que “se habilita para su ejercicio como tal exclusivamente en Capital Federal y que debe ser revalidado a los 5 (cinco) años de su emisión”. Por tanto la formación del recurrente en la especialidad realizada en Argentina ya fue valorada en su día, previo informe de la Comisión Nacional de la Especialidad, por resolución administrativa firme, como equivalente en duración pero no así en contenidos, de ahí que se propusiera una prueba teórico-práctica, lo que determina, que no proceda volverse a cuestionar el tema dejando eterna e indefinidamente abierta la homologación de la titulación argentina de médico especialista del recurrente derivada de la formación antedicha sobre la base de las distintas autorizaciones administrativas que haya obtenido o vaya obteniendo para el ejercicio profesional en tal país.

En estas circunstancias ha de concluirse en la desestimación de la demanda ya que es fácil entender que la solicitud presentada ante el Ministerio en 2002 no es más que una mera reiteración de otra anterior presentada en 1994 y que fue resuelta por resoluciones denegatorias firmes y no revisadas, y cuyos efectos resolutorios el recurrente ha pretendido eludir, infructuosamente, por vía de la segunda solicitud de homologación articulada y de este recurso contencioso administrativo.

En lo que atañe a la supuesta vulneración del principio de igualdad ni siquiera se ha probado la identidad con el precedente que se cita».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 23 de julio de 2009.

Recurso de Casación: 5769/2007.

Ponente: Don Antonio Martí García.

Voz: Homologación del certificado de Ciencias Ambientales: Países Bajos.

Homologación

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente, quien solicitó la homologación de su título de Bachelor of Science in Aquatic Ecotechnology al español de licenciada en Ciencias Ambientales.

«La sentencia que es objeto del presente recurso de casación desestimó el recurso contencioso-administrativo y confirmó la resolución que en el mismo se impugnaba, por la que se acordó desestimar la solicitud de homologación de un título Bachelor of Science in Aquatic Ecotechnology, obtenido en la Hogeschool Zeeland (Países Bajos), al título español de Licenciada en Ciencias Ambientales, refiriendo entre otros, en sus Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero, lo siguiente:

“2.-Para un correcto enfoque de las cuestiones planteadas en el presente recurso, conviene precisar que el procedimiento instado por el demandante en el Ministerio de Educación fue el de homologación de su título, obtenido en la mencionada universidad extranjera tras cursar parte de los estudios en España, al correspondiente español, homologación que se rige actualmente por el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, y no el de reconocimiento de dicho título a efectos de ejercicio profesional, conceptos utilizados indistintamente en la demanda, que es objeto de una regulación diferente derivada de diversas Directivas comunitarias, como la 89/48/CEE, incorporada al derecho español por el Real Decreto 1665/1991 u otras referidas a profesiones específicos, y está sujeto a un procedimiento también distinto, por lo que sus alegaciones tendentes al reconocimiento de su titulación a efectos del ejercicio profesional en el ámbito de la Unión Europea, sobre la base del derecho a la libertad de circulación y establecimiento, reconocido por el derecho comunitario europeo, no tienen encaje en el presente recurso, que tiene su origen en la solicitud mencionada, en que se pretende la homologación. Por ello no puede hablarse de infracción de las normas

de derecho comunitario genéricamente citadas en la demanda, de aplicación en el procedimiento de reconocimiento a efectos de ejercicio profesional, pero no en el de homologación objeto del recurso.

Esta diferencia entre el reconocimiento de títulos a efectos del ejercicio profesional y la homologación de títulos académicos de educación superior resulta fundamental para una correcta solución de los numerosos recursos sometidos a conocimiento de esta Sala en que con frecuencia se mezclan y confunden ambas categorías pues, si lo que se pretende es el ejercicio de una concreta profesión para lo que habilita el título extranjero en el país que le otorga carácter oficial, aunque los estudios realizados para su obtención hayan sido realizados en España cuente o no el centro con la pertinente autorización administrativa, habrá de acudir al procedimiento previsto para tal reconocimiento en función de la profesión de que se trate y no al de homologación, que tiene un contenido y un alcance distinto pues su objeto es la equiparación o asimilación del título al español correspondiente, con independencia del ejercicio profesional al que aquél vaya ligado. Así el reconocimiento profesional tiende a facilitar el ejercicio de las libertades consagradas en el derecho comunitario europeo, como la de establecimiento y prestación de servicios, en el ámbito de la Unión Europea, y se rige por las normas de derecho comunitario originario y derivado incorporadas al ordenamiento interno, en su caso, por las normas nacionales, como ocurre en España con el Real Decreto 1665/1991 que incorpora la Directiva 89/48/CEE, del Consejo, que han de respetar su contenido y finalidad, habilitando para el ejercicio de la práctica profesional regulada de que se trate, pero que no supone una equiparación o asimilación académica con títulos españoles; por su parte, la homologación de títulos académicos está sometida a las normas del derecho interno de cada Estado y se basa en una comparación entre el contenido y duración de los estudios conducentes a la obtención de los respectivos títulos y se aplica tanto a los que pretendan la homologación de títulos expedidos

Homologación

en países pertenecientes a la Unión Europea, como a los de otros Estados. (...).

(...).

El Centro de Estudios ESNE –de Santa Cruz de Tenerife–, donde el interesado cursó sus estudios entre los años académicos 1997/1998 y 1998/1999, fue autorizado para impartir enseñanzas de nivel universitario por Orden del Gobierno de Canarias de 27 de marzo de 2000 con efectos a partir del curso 1999/2000 (...).

(...).

El recurso de casación debe ser estimado por las razones que, cambiando el criterio observado anteriormente por la Sala, se expusieron en la sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2006 dictada en el recurso de casación 2296/2000, en un supuesto semejante al que aquí se enjuicia y que tienen continuidad en la Sentencia de 30 de junio de 2006, recaída en el recurso de casación 4467/2000. Razones que reproducimos a continuación en aras de los principios de seguridad jurídica y de unidad de doctrina por ser plenamente aplicables en este proceso:

“Quinto.–Para resolver el presente recurso de casación conviene precisar qué es lo que se debe decidir en este pleito. Según se ha visto el Sr. Agapito solicitó la homologación del título que expidió en su favor la *Embry-Riddle Aeronautical University* el 13 de agosto de 1991. Tal como afirma la Sentencia de la Audiencia Nacional, se trata de un título oficial extranjero y no se discute que sea de educación superior. Por tanto, en principio, parece que debería aplicarse al procedimiento administrativo incoado al efecto el Real Decreto 86/1987, ya que tiene, precisamente, ese objeto. Así lo hizo el Ministerio de Educación y Cultura, que siguió los trámites previstos en esas normas reglamentarias. No obstante, en cuanto tuvo conocimiento de que parte de la enseñanza que soporta el título la siguió don Agapito en los campus de la *University of Maryland* en Rota

y Torrejón, la Administración consideró inviable la pretensión del interesado porque tales centros no cuentan con la autorización prevista por el Real Decreto 557/1991, de acuerdo con los razonamientos que se han expuesto.

Sin embargo, a juicio de la Sala, ese proceder seguido por el Ministerio de Educación y Cultura, primero, y confirmado por la Sentencia de la Audiencia Nacional, después, no se ajusta al ordenamiento jurídico. En particular, incurre en la infracción que don Agapito apunta en el segundo de los motivos de su recurso de casación. Es decir, se aparta del sistema de fuentes e inaplica la normativa procedente: el Real Decreto 86/1987. Si estamos ante un título oficial extranjero de educación superior cuya homologación se pretende, hay que aplicar las reglas que rigen ese procedimiento, no las relativas a la creación y reconocimiento de Universidades y Centros Universitarios porque no es de eso de lo que aquí se discute.

De lo que se debe tratar, punto este en el que todos parecen coincidir, es de determinar si, efectivamente, hay equivalencia entre la formación gracias a la que don Agapito obtuvo el título que quiere homologar y la exigida en España para la expedición del título de Ingeniero, Superior o Técnico, Aeronáutico. Porque no parece preciso observar que seguir el camino de la aplicación del Real Decreto 86/1987 no significa conceder necesariamente la homologación solicitada. Supone, ante todo, comprobar si existe o no esa equivalencia. Y, si no se da, no procederá la homologación y no se producirá ninguna elusión ni fraude. Mientras que, si existe esa equivalencia, tampoco podrá considerarse que ha habido fraude porque, siendo equivalente a la exigida en España la formación en que se sustenta tal título, procederá su homologación.

Lo determinante para la homologación de títulos extranjeros de educación superior de cuya oficialidad no se duda, como aquí sucede, es la formación que comportan. Y esa formación depende de sus

Nacionalidad

contenidos, no del lugar en el que se imparten las enseñanzas. No cabe, pues, intercalar en el régimen dispuesto para la homologación de títulos extranjeros previsiones sobre los requisitos necesarios para reconocer en España Universidades o Centros Universitarios. En definitiva, se ha producido una indebida aplicación del Real Decreto 557/1991, mientras que se inaplicaba, también indebidamente el Real Decreto 86/1987" (...)».

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 21 de mayo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 847/2007.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Concesión de nacionalidad española por residencia: separación de hecho. Empadronamiento: plazo de un año.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución desestimatoria de la solicitud de nacionalidad por residencia. Hay datos más que evidentes que permiten afirmar una convivencia efectiva antes y después de la solicitud de nacionalidad.

«En el presente recurso inicialmente se impugna la resolución de DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 4 de julio de 2007 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma autoridad de 20 de febrero de 2007 desestimatoria de la solicitud de nacionalidad por residencia.

La denegación tiene su causa en dos motivos. El primero de ellos hace referencia a que el recurrente no lleva los 10 años de residencia legal en España sin que pueda aplicársele el plazo abreviado de un año al no quedar acreditada la convivencia del ma-

trimonio en el año inmediatamente anterior a la solicitud.

El segundo motivo se refiere a que el recurrente no ha justificado suficientemente su buena conducta cívica.

(...).

En el caso presente, el matrimonio del ahora recurrente, congoleño, con persona de nacionalidad española de origen se produjo el 26 de julio de 2003, y por tanto, con anterioridad superior a un año a la petición de la concesión de la nacionalidad –22 de febrero de 2005–, habiéndose acreditado residencia legal en España desde 1 de marzo de 2000 gozando de TFRC desde 4 de octubre de 2004.

En el caso de autos obra un certificado de empadronamiento que pone de manifiesto que en 2006 el recurrente aparecía dado de alta en el padrón municipal del ayuntamiento de Pontevedra (...), desde el 15 de noviembre de 2006. En este mismo domicilio en el año 2006 estaba empadronada su esposa desde 1 de marzo de 1991. Éste es el domicilio que consignó en su solicitud de antecedentes penales

Desde 2007 ambos están empadronados en la (...) de Pontevedra, domicilio respecto del que obra un contrato de arrendamiento suscrito por el recurrente y su esposa con fecha 1 de enero de 2003. Obra así mismo información de la Policía Local de Pontevedra que acredita que a fecha 17 de noviembre de 2006 ambos convivían en el primero de los domicilios reseñados. Igualmente se ha aportado declaración conjunta por IRPF 2003, figurando como primer declarante el recurrente. Por último indicar que consta el nacimiento de un hijo en común el 8 de septiembre de 2008.

Ha de concluirse que existen datos más que evidentes que permiten afirmar una conciencia efectiva antes y después de la solicitud de nacionalidad sin que esta conclusión pueda soslayarse por el simple

Nacionalidad

hecho del tardío empadronamiento del recurrente en el mismo domicilio que su esposa.

Por ello, el plazo de residencia legal a exigir es el de un año, plazo que tiene sobradamente cumplido el recurrente con anterioridad a su solicitud y por tanto en este extremo no se confirma la resolución recurrida.

En cuanto a la buena conducta cívica el expediente refleja que el recurrente fue detenido en Pontevedra el 12 de marzo de 2003 al ser denunciado por una prostituta que manifestó haber sido agredida y amenazada con un cuchillo por el hoy recurrente para que le devolviera el dinero que habían pactado para mantener relaciones sexuales al no resultar éstas satisfactorias para el cliente.

El recurrente en sus declaraciones en vía penal asumió la existencia del pacto para el encuentro sexual pero negó cualquier acto de amenaza o violencia en la persona de la denunciante indicando que el conflicto surgió cuando la chica le pidió más cantidad (30 euros) que la pactada (20 euros) sin que llegasen a mantener relaciones por el desacuerdo en cuanto al precio, pidiéndole a la mujer que se marchara sin que ésta accediera a ello, procediendo la mujer a gritar, a exigirle más dinero y a sacar “el objeto que utilizan los médicos para sacar sangre” de su bolso. No existieron informes acreditativos de la existencia de lesiones en la denunciante, por lo que el Ministerio fiscal interesó el sobreseimiento provisional (...) al no resultar justificada la perpetración del delito que motivó la incoación de la causa, sobreseimiento que fue acogido en auto de 26 de junio de 2003.

Por ello es cierto que el recurrente se vio incurso en una causa penal por delito por hechos próximos en el tiempo a su solicitud de nacionalidad (hechos 2003/solicitud 2005), pero esta causa no estaba abierta en el momento de tal solicitud y constituye un hecho único que se produce en el marco de

una residencia legal previa que se remonta al año 2000.

No se puede olvidar que estos hechos no se han visto confirmados en su relevancia penal, que se sobreseen de forma prácticamente inmediata en el tiempo a incoación de la causa, y que el sobreseimiento, aun provisional, tiene su base en que ni siquiera se ha acreditado la perpetración del delito denunciado. Además el recurrente tiene establecida su familia en España (está casado con española nacionalizada con la que tiene un hijo menor de edad), constando a 15 de noviembre de 2006 una dilatada vida laboral (2.265 días, más de 6 años) que permite concluir que desde que inicia su residencia legal en España ha estado trabajando, por cuenta ajena, de forma mantenida y regularizada».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 28 de mayo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 43/2008.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Nacionalidad por residencia. Falta de buena conducta cívica: condenado penalmente por estafar a otros inmigrantes.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la nacionalidad solicitada, al quedar probado que ofrecía a ciudadanos extranjeros la posibilidad de regularizar su situación en España mediante un contrato de trabajo con el fin de enriquecerse.

«El presente recurso impugna la resolución del Ministerio de Justicia, DGRN, de 8 de octubre de 2007 por la que se denegó al recurrente la nacionalidad solicitada, por no haber justificado buena conducta cívica al considerar que “según consta en la documentación que obra en el expediente fue condenado por sentencia de fecha 18 de mayo de 2004 por un delito continuado de estafa y como

Nacionalidad

autor responsable de un delito contra los derechos de los trabajadores”.

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión que lleva residiendo legalmente en España desde el 7 de diciembre de 1998 y durante este tiempo ha trabajado de forma regular, habiendo cotizado a la Seguridad Social durante un período de 2.932 días, por lo que se encuentra perfectamente integrado en la sociedad española contando una familia y un trabajo estable. Y por lo que respecta a su condena penal por Sentencia de 18 de mayo de 2004, ya ha cumplido con la misma y en su día prestó conformidad con la pena para no tener que ir a la cárcel pese a ser inocente, pues tenía una familia a la que mantener, al tratarse de un simple trabajador que se vio envuelto en una trama de estafa.

(...).

Se trata, por tanto, de valorar el conjunto de la vida desplegada por el solicitante en nuestro país, especialmente en los años anteriores a la solicitud, para alcanzar un convencimiento sobre su trayectoria personal (v. *gr.* contenido del comportamiento que se reputa de incívico, afectación a los valores sociales y convivenciales, habitualidad y mantenimiento en el tiempo, distancia temporal con la solicitud, elementos positivos que pudieran contrarrestar los aspectos negativos etc.) sobre la base de un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno.

Y con relación a la citada cuestión consideramos que si bien concurren algunos datos indicativos de la integración del recurrente en la sociedad española, como son su actividad laboral desde abril de 2000, cotizando a la Seguridad Social, y el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, frente a ello consta en el expediente que fue condenado penalmente por Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de mayo de 2004 como autor de un delito continuado de estafa y como autor responsable de un

delito contra los derechos de los trabajadores a la pena de un año de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el primer delito y a la pena de 2 años de prisión y multa de 6 meses con una cuota diaria de 1,20 euros y a que indemnizase a múltiples afectados por la estafa en diferentes cantidades.

La sentencia penal considera probado que el recurrente en colaboración con otra persona y “utilizando como medio de captación la Asociación Tambo, ofrecía a ciudadanos extranjeros la posibilidad de regularizar su situación en España mediante un contrato de trabajo, para lo cual, con el ilícito propósito de enriquecerse con tales mecanismos, y conocedor de que las gestiones que prometía realizar a tal fin iban a resultar infructuosas, les exigía que se asociaran a dicha entidad pagando por tal concepto una cantidad que venía oscilando entre las 11.000 y las 12.000 pesetas. Posteriormente, y en concepto de gastos de tramitación se les exigía el pago de cantidades entre las 12.000 y las 14.000 pesetas y se les citaba ante la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales (...) Les facilitaba un impreso de solicitud de permiso de trabajo y residencia y una oferta de empleo para trabajador extranjero en la que figuraba como ofertante el otro individuo no enjuiciado en calidad de propietario de la empresa ‘Servicios Compartidos Las Tres Américas SL...’ más adelante se añade ‘De esta manera se llegaba a recaudar de los ciudadanos interesados en legalizar su situación unas cantidades cercanas a las 50.000 pesetas para la obtención de los permisos de trabajo y residencia que en ningún caso iban a perfeccionarse ya que, presentados cerca de 400 expedientes en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a nombre de la empresa ‘Servicios Compartidos Las Tres Américas SL’ ninguno de ellos fue concedido al ser la referida empresa una ficticia creación sin real existencia”.

El recurrente cometió, por tanto, una actividad delictiva muy grave que implicó un delito conti-

Nacionalidad

nuado de estafa y que afectó a un gran número de trabajadores que depositaron sus expectativas de regularización de su estancia en nuestro país en el recurrente, el cual se aprovechó de su situación de necesidad para obtener importantes cantidades de dinero de todos ellos. Estos hechos han de considerarse graves y aunque el recurrente pretende sostener en este procedimiento su inocencia, lo cierto es que para ello no es éste el momento de enjuiciarle debiendo partirse de la existencia de una condena penal y de los hechos probados contenidos en una sentencia firme. Por otra parte, también resulta relevante para el caso que nos ocupa que los hechos delictivos se prolongaron en el tiempo y se encuentran muy próximos a su solicitud de nacionalidad española presentada en septiembre de 2005, por lo que su conducta se encuentra muy alejada de lo que puede ser considerado un estándar medio de conducta de un ciudadano y, por lo tanto, no queda acreditado que cumpla con el requisito de la buena conducta cívica exigido por nuestro Código Civil para obtener la nacionalidad española por residencia».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 28 de mayo de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 989/2007.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Concesión de nacionalidad: buena conducta cívica. Detención policial sin trascendencia.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución denegatoria de la solicitud de nacionalidad española por residencia. Los antecedentes por tráfico de drogas fueron cancelados.

«En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 2 de julio de 2007, denegatoria de la solicitud de nacionalidad española por residencia.

La desestimación tiene su base en que la recurrente no ha justificado suficientemente buena conducta

cívica ya que aparecen antecedentes de fecha 12 de marzo de 1996 por tráfico de drogas sin que la misma hubiera acreditado la falta de imputación.

(...).

En el presente caso, según se desprende del expediente, la Administración reconoce que el recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente buena conducta cívica.

Como recuerda el TS en su Sentencia de 22 de noviembre de 2001 (...) no nos encontramos ante un simple supuesto de limitación en el ejercicio de un derecho, no cabe en modo alguno afirmar que la obtención de la nacionalidad por residencia sea un derecho subjetivo, estamos más ante un acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un estado que conlleva el otorgamiento de una cualidad que lleva implícita un conjunto de derechos y obligaciones otorgamiento en todo caso condicionado al cumplimiento por el solicitante de unos determinados requisitos, y que, conforme al artículo 21 del Código Civil, puede ser denegado por motivos de orden público o interés nacional. Dentro de este marco –el otorgamiento de la nacionalidad española en modo alguno puede ser considerado como un derecho del particular– la sentencia mencionada concluye: “(...) al ser la nacionalidad española el sustrato y fundamento necesario para el ejercicio pleno de los derechos políticos es dable exigir al sujeto solicitante, a consecuencia del ‘plus’ que contiene el acto de su otorgamiento enmarcable dentro de los «actos favorables al administrado», un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el concepto de bondad que el precepto salvaguarda, como exigencia específica determinante de la concesión de la nacionalidad española”.

El artículo 22 del Código Civil establece como uno de esos requisitos que el solicitante acredite positi-

Nacionalidad

vamente la observancia de buena conducta cívica, es decir, no basta que no exista constancia en los registros públicos de actividades merecedoras de consecuencias sancionadoras penales o administrativas que *per se* impliquen mala conducta, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta, durante el tiempo de residencia en España y aun antes, ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1987.

Nada tiene que ver, como indica el TS, el concepto jurídico indeterminado, buena conducta cívica, a que se refiere el artículo 22.4 del Código Civil, con la carencia de antecedentes penales a que se refiere en último término la norma invocada, ya en la Sentencia de 16 de marzo de 1999 se decía que en el supuesto de la concesión de nacionalidad por residencia, la exigencia de «justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica» (además de suficiente grado de integración en la sociedad española) (artículo 22.4 del Código Civil) constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no trasgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras, impuesto por el ordenamiento jurídico en razón del carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia y, por ende envuelve aspectos que trascienden los de orden penal y ha de ser valorada atendiendo a la conducta del solicitante durante un largo período de tiempo y permanencia en España y no puede identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales.

De contrario los antecedentes policiales y penales, con independencia de su cancelación, son mera-

mente 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 (...).

En lo que atañe a la dificultad de precisar lo que deba entenderse por buena conducta cívica el TS (...), en su Sentencia de 12 de noviembre de 2002 (...), señala que: “Y por eso importa dejar claro que este sintagma que emplea el artículo 22.4 del Código Civil remite a un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo. Un estándar que vale para todos y vale para cada uno. En el bien entendido de que no se trata de imponer un modo de vida uniforme en la comunidad nacional, ni de que quien utiliza esta vía de adquisición de la nacionalidad tenga que demostrar que durante toda su vida haya observado una conducta intachable, sino de proclamar que, siendo cada sujeto humano libre para organizar su vida como le plazca –la vida se nos da, pero no se nos da hecha: tenemos que hacérsola–, quienes, no siendo españoles, deseen obtener la nacionalidad española, han de haber llevado y seguir llevando una vida ajustada a ese estándar medio de conducta al que acabamos de referirnos.”

Por lo expuesto es preciso valorar la trayectoria personal del solicitante en su conjunto (*v. gr.* contenido del comportamiento que se reputa de incívico, afectación a los valores sociales y convivenciales, habitualidad y mantenimiento en el tiempo, distancia temporal con la solicitud, elementos positivos que pudieran contrarrestar los aspectos negativos, etc.) sobre la base de un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno.

En el presente caso la solicitud de nacionalidad fue presentada el 11 de diciembre de 2002 siendo la recurrente nacional de Venezuela.

Nacionalidad

La actora tiene tres hijos (nacidos en 1987, 1989 y 1991), nacidos en Venezuela que residen en España. Tiene ingresos procedentes de su participación societaria en la empresa (...) SA.

La actora goza de residencia legal en España desde el 8 de julio de 1992 y durante esta amplia permanencia previa la única nota que se destaca es una detención el 12 de marzo de 1996 de la que fue puesta en libertad sin cargos el mismo día. Detenciones paralelas dieron lugar a la causa núm. (...) del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de los de Madrid. Dicha causa nunca se siguió contra la recurrente como imputada y concluyó con Sentencia de 5 de mayo de 1999 en la que se condenaba a varios, entre ellos la pareja de la recurrente, por delito contra la salud pública. En la relación de hechos probados de dicha sentencia no aparece mencionada en ningún momento la hoy actora.

La recurrente aportó en el expediente del Registro Civil copia de la sentencia referida pero no pudo presentar testimonio íntegro de las mencionadas actuaciones al no poder acceder al mismo ya que no había sido parte en ningún momento. Dicho testimonio se ha aportado ante esta jurisdicción, en trámite de prueba, corroborando plenamente la falta de relación de la actora con actividad delictiva allí enjuiciada y que motivó la detención.

Los antecedentes policiales de tal detención aparecen cancelados desde el 25 de enero de 2006.

Por todo ello ha de concluirse que el hecho con el que la Administración, en su resolución, vincula la supuesta falta de buena conducta cívica en la recurrente no es indicador de tal circunstancia ante la total falta de trascendencia de la actuación policial (la propia policía la puso en libertad sin cargos el mismo día de su detención), por lo que no es necesario plantearse la existencia de especiales notas compensadoras teniendo presente que el devenir de la recurrente en nuestro país ha presentado una trayectoria de normalidad dentro del estándar me-

dio al que se viene refiriendo la jurisprudencia, en los términos en que viene expuesto».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 16 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 27/2008.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Concesión de nacionalidad: buena conducta cívica. Denuncia por amenazas.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegaba la nacionalidad por residencia. El mero hecho de haber sido objeto de diligencias penales no es obstáculo insalvable para considerar satisfecho el requisito de la buena conducta cívica.

«En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 24 de enero de 2007, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma autoridad de 14 de junio de 2006, por la que se denegaba la nacionalidad por residencia.

La denegación tiene su base en no haberse justificado suficientemente buena conducta cívica sobre la base de unos antecedentes de 6 de febrero de 2004.

(...).

(...) es preciso valorar la trayectoria personal del solicitante en su conjunto (v. gr. contenido del comportamiento que se reputa de incívico, afectación a los valores sociales y convivenciales, habitualidad y mantenimiento en el tiempo, distancia temporal con la solicitud, elementos positivos que pudieran contrarrestar los aspectos negativos, etc.) sobre la base de un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno.

En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 7

Nacionalidad

de julio de 2004, siendo el recurrente nacional de Polonia, y gozando de residencia legal desde el 11 de septiembre de 1990.

Se casó con española de origen (21 de octubre de 2000) de la que se divorció (2 de octubre de 2002) y no consta que tenga hijos.

Se ha aportado IRPF 2007 y su hoja de vida laboral refleja, a fecha 6 de mayo de 2004, 7 años, 11 meses y 24 días de cotización. Consta igualmente cotizaciones a la Seguridad Social como autónomo a partir de abril de 2007 y la realización de un curso de prevención de riesgos laborales de 50 horas.

Por ello puede concluirse que su amplia residencia legal en nuestro país se ha correspondido con una normalizada y regular actividad laboral.

El actor carece de antecedentes penales.

El expediente refleja que el recurrente se vio incurso en el Juicio de Faltas núm. (...) del Juzgado de Instrucción núm. 3 de los de León, en las que recayó sentencia absolutoria de 3 de mayo de 2004. Dichas actuaciones se iniciaron por denuncia de su ex esposa por hechos acaecidos el 27 de diciembre de 2003 (la mujer en su denuncia refería que, en la vía pública, el recurrente empezó a seguirla comentándole que no iba a dejarla). La sentencia es absolutoria sobre la base del principio acusatorio ya que ni el Ministerio Fiscal ni la denunciante solicitaron condena.

Por tanto es indudable que el recurrente se ha visto implicado en hechos con trascendencia penal, ocurridos en fechas próximas e inmediatamente anteriores a la solicitud de nacionalidad. Sin embargo hay que tener presente que se trata de un hecho único dentro de la amplia trayectoria personal del recurrente en España que, además, no ha visto confirmada su relevancia penal ya que concluyen por sentencia absolutoria».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 16 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 697/2007.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Denegación de nacionalidad: falta de integración. Carencias en el idioma y desconocimiento de la actualidad española.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la nacionalidad española por carecer del requisito de integración en la sociedad española, al presentar un gran desconocimiento de la cultura e historia de nuestro país, además de importantes carencias en el conocimiento de nuestro idioma, a nivel de escritura y lectura.

«En el presente caso, según se desprende del expediente, la Administración reconoce que el recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente grado de integración centrándose en las apreciaciones del Juez Encargado que en su informe detalló: "... respondiendo el examinado negativamente a la totalidad de las interpelaciones de S.S.^a y mostrando un aceptable grado de adaptación tanto a las costumbres y modo de ser específicamente españoles, no así a la cultura e historia de nuestro país, demostrando no hallarse suficientemente arraigado en las mismas, no conocer y aceptar la idiosincrasia española, dominando el idioma y hallándose identificado con el ambiente social en que se desenvuelve".

(...).

Según apreciación del Juez Encargado no existe inconveniente idiomático ni de adaptación a las costumbres españolas o de integración en el ambiente social en el que se desenvuelve. El único inconveniente que se destaca es el del desconocimiento de la cultura e historia de España y el no conocer ni aceptar la idiosincrasia española. Esta apreciación ha sido complementada por una diligencia final que ha puesto de relieve los graves inconvenientes

Nacionalidad

que presenta el recurrente con el idioma a nivel de escritura y lectura, no así a nivel de comunicación oral. Igualmente se ha podido comprobar su muy deficiente conocimiento de España en cuanto a su estructura territorial, política, e instituciones, llegando al punto de permanecer ajeno a los aspectos más relevantes de la actualidad y que tienen reflejo exhaustivo en los medios de comunicación y al alcance de cualquier persona con una formación básica (por ejemplo el actor ignoraba lo que se iba a votar próximamente, habiendo declarado a las puertas de la campaña electoral de las elecciones al parlamento europeo).

No ha de perderse de vista que el solicitante de la nacionalidad española es un varón joven (nacido en 1986) y que viene residiendo legalmente en España desde que tenía 8 años de edad, habiendo estado debidamente escolarizado en nuestro país (tanto educación primaria como secundaria). Precisamente esta larga trayectoria personal del recurrente en España que abarca su formación académica dentro del sistema educativo español, beneficiándose de su carácter general y obligatorio, hace difícilmente justificables sus carencias en el idioma a nivel de la escritura y lectura y permite afirmar que este desconocimiento en lo básico de la realidad y actualidad española, desconocimiento que se detecta por el Juez Encargado y que se confirma por la Sala, resulta incompatible con el ejercicio de los derechos políticos que lleva consigo la obtención de la nacionalidad y trasciende de lo que es simplemente el desenvolverse en su actividad diaria. Conviene recordar, como ha puesto de manifiesto el TS en su Sentencia de 22 de diciembre de 2003, que la adquisición de la nacionalidad le convierte en ciudadano/a español lo cual supone (artículo 23 de la CE) que adquiere el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

En conclusión, no se puede lograr la integración que se exige para obtener la nacionalidad española sin sentir la necesidad y tener la voluntad de conocer, aun mínimamente, la sociedad y el país en la que uno vive y en la que pretende implicarse como nacional con plenos derechos civiles y políticos».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 20 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 960/2007.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Denegación de nacionalidad: falta de integración. Desconocimiento del castellano y de datos básicos sobre la organización e instituciones españolas.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la nacionalidad española.

«El presente recurso tiene por objeto la resolución de la DGRN de 8 de mayo de 2007, por delegación del Ministro de Justicia, confirmada en reposición por resolución de 10 de septiembre de 2007 por las que denegó la solicitud de nacionalidad española por residencia del recurrente al considerar que “no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, requisito contemplado en el artículo 22.4 del Código Civil, ya que por los datos obrantes en el expediente, se comprueba que no sabe leer ni escribir en castellano y, desconoce aspectos básicos y sencillos de la sociedad española. Constan informes desfavorables del Fiscal y del Juez Encargado”.

La recurrente aduce en apoyo de su pretensión que habla y comprende el idioma castellano y que lo lee y lo escribe un poco, pese a ser analfabeta, y que está asistiendo a clases de alfabetización en el colegio y su dificultad para leer y escribir en nuestro idioma se debe a una falta de formación y no una falta de integración, alegando a esta respecto

Nacionalidad

su integración familiar dado que su marido e hijos tienen la nacionalidad española.

En el presente caso, según se desprende del expediente, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española por cuanto “no sabe leer ni escribir en castellano y, desconoce aspectos básicos y sencillos de la sociedad española”.

(...).

Y aunque este Tribunal ha concedido una mayor relevancia al dominio de nuestro idioma a nivel de expresión oral respecto a su lectura y escritura, en determinadas circunstancias, no debe obviarse que su integración social en España también depende en gran medida de su capacidad para comunicarse por medios escritos, pues su incapacidad para leer y escribir en el idioma oficial implica también un importante grado de aislamiento y marginación incompatibles con su debida integración en la sociedad española, siendo destacable también que la recurrente faltase a la verdad cuando en su solicitud de nacionalidad en el Registro Civil, pues en ella manifestó saber escribir correctamente en idioma español. A ello debe añadirse, que en su comparecencia ante el Encargado del Registro Civil, celebrada el 18 de marzo de 2005, demostró su falta de conocimientos sobre datos básicos sobre la organización y las instituciones de nuestro país que se compadece mal con el grado de integración que alega tener, pues preguntada si conoce el nombre de la capital de España no respondió; desconoce qué es la Constitución ni qué son las Comunidades Autónomas ni sabe el nombre de ninguna de ellas; desconoce el nombre de los dos principales partidos políticos de nuestro país, y tampoco sabe qué son el Senado y el Congreso. Todo ello pone de manifiesto que la recurrente desconoce datos elementales de las instituciones básicas de nuestro país en las que se sustenta la organización política y social y cuyo conocimiento a nivel elemental resulta imprescindible para el ejercicio de determinados derechos

políticos que confiere la nacionalidad española que solicita por lo que en estas circunstancias no puede entenderse que la recurrente haya acreditado cumplir el requisito de integración exigido en el Código Civil pues una persona que lleva residiendo 16 años en el mismo y que desconoce aspectos tan elementales de las instituciones y funcionamiento democrático de nuestro país no demuestra un serio intento por adaptarse a nuestra sociedad, por lo que resulta acertada la conclusión obtenida por el Encargado del Registro Civil que concluyó afirmando que “no queda comprobado el grado de adaptación a la vida y costumbres de la sociedad española... habla y entiende y se expresa en castellano con claridad, no sabe leer ni escribir y desconoce muchos de los aspectos básicos y sencillos de la sociedad española llevando muchos años viviendo en España”, conclusión que se comparte por este tribunal a las vistas de las circunstancias concurrentes».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 21 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 661/2007.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Nacionalidad española: buena conducta cívica. Plena integración en su entorno social.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se le denegó la nacionalidad española. Los antecedentes que tiene por falsificación de documentos públicos fueron sobrepasados; además, presenta una conducta social intachable estando plenamente integrada en su entorno social asturiano.

«En el caso que ahora nos ocupa la recurrente es natural de Ecuador, nació en 1973, está soltera, reside legalmente en España desde 2001 y figura inscrita en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Langreo.

La solicitud origen de la litis se presentó el 27 de enero de 2005, habiendo mostrado su parecer favo-

Nacionalidad

rable a dicha solicitud el Ministerio Fiscal y el Juez-Encargado del Registro Civil.

Ya hemos visto que la denegación de la nacionalidad se basó en no haber justificado la interesada suficientemente buena conducta cívica. Al respecto es de observar que en el apartado de antecedentes de la recurrente del informe policial de 11 de mayo de 2005 obrante en el expediente administrativo consta “14 de febrero de 2000: averiguación de domicilio y paradero por el Juzgado de Instrucción núm. 26 de Madrid. No constando motivo (...). Cesada el 17 de enero de 2002”. En relación con esta última circunstancia obra en el expediente una comunicación del Juzgado de Instrucción núm. 26 de Madrid dirigida a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que dice lo siguiente: “En contestación a su oficio de fecha le participo que en las D. Previas 79/2000 se dictó en fecha 19 de junio de 2002 auto de sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones, el cual es firme”.

La demanda rectora del actual proceso expone las circunstancias concurrentes en el presente caso, subraya la carencia de antecedentes penales, cita la jurisprudencia que considera de su interés y termina suplicando la concesión de la nacionalidad, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su escrito de contestación a la demanda.

En la susodicha demanda se reitera la versión ya ofrecida en el recurso de reposición respecto del antecedente que motivó la denegación de la nacionalidad alegándose que al renovar en España el permiso de conducir obtenido en Ecuador se detectó por las autoridades españolas que el permiso no había sido registrado en el organismo competente de su país de origen, cuyo permiso le había sido entregado en la Autoescuela previa realización del curso, superación del examen y abono de las tasas correspondientes, imputando dicha deficiencia burocrática a la Autoescuela o la gestoría que tramitó la documentación en Ecuador, sin que la recurrente

—según su propia versión— tuviera conocimiento de la misma. También justifica la averiguación de paradero con la explicación de que al llegar a España residió en Madrid con unos compatriotas de forma provisional hasta que en 2001 le surgió un trabajo en Asturias, trasladándose a esta última provincia, donde ha residido desde entonces.

La actora adjuntó a la demanda los siguientes documentos: primero, un documento privado de 17 de enero de 2008 suscrito por su empleador en Asturias, siendo así que en el mismo se refería que la recurrente prestaba sus servicios laborales cuidando y acompañando de forma permanente a su anciana madre de 92 años, cuyas tareas realizaba con el mayor esmero, puntualidad y dedicación desde el 1 de abril de 2005, manteniendo —en cuanto era conocido por el suscriptor— una conducta social intachable, estando plenamente integrada en su entorno social asturiano; segundo, un informe de vida laboral de 16 de enero de 2008 en el que consta que la interesada tenía acreditados 1.506 días de alta en el sistema de la Seguridad Social.

A lo anterior es de añadir que en período de prueba, y a instancia de la actora, se ha incorporado a los autos un informe de 1 de agosto de 2008 de la Policía Local de Langreo en relación con los medios de vida, conducta e integración social de la actora, en el que se lee lo siguiente: “1. La encartada no presenta reclamaciones judiciales ni presenta antecedentes. 2. Según manifestaciones de los vecinos de la zona donde reside, hace ya 4 años aproximadamente, se puede manifestar que la encartada no es una persona problemática ni conflictiva, que vive su vida sin complicaciones y sin causar malestar entre sus vecinos. 3. Se puede averiguar, asimismo, que la encartada trabajaba como asistente personal de un anciano en la ciudad de Oviedo, hasta que éste falleció. En la actualidad trabaja en el Hotel Peña L’Agua, sito en la localidad de Pampiedra (Langreo), según manifestaciones de sus jefes a los actuantes su comportamiento es muy bueno, trabajadora y hasta la fecha con una conducta irreprochable”.

Nacionalidad

Pues bien, visto cuanto antecede, podemos adelantar ya la suerte estimatoria del actual recurso. Es de notar, por un lado, que no basta para el éxito de la pretensión actora con la ausencia o cancelación de antecedentes penales o policiales, pues, como vimos más arriba, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta es conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles según el estándar medio a que alude la doctrina del Tribunal Supremo, sin que la no existencia de antecedentes penales o policiales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica. Por otro lado, debe en este punto recordarse la jurisprudencia conforme a la cual la carga probatoria de la parte actora se hace más rigurosa cuando el procedimiento penal no está definitivamente archivado y que exige que ni siquiera por vía indiciaria pueda ponerse en cuestión el requisito de la buena conducta cívica.

En el caso enjuiciado el sobreseimiento provisional de la causa en que se vio implicada la actora y su distancia temporal respecto de la fecha de la solicitud origen de la causa hacían más gravosa la carga probatoria que sobre la misma pesaba. Por otra parte, la explicación ofrecida en la demanda en relación con la averiguación de domicilio y paradero en dicho procedimiento penal no resulta del todo convincente habida cuenta de que dicha averiguación es de 14 de febrero de 2000 y su marcha a Asturias no se produjo –según dicha versión– hasta el año 2001. A ello hemos de añadir que hubiera sido conveniente la aportación por la interesada a este proceso del testimonio de aquellos particulares del sobredicho procedimiento que hubieran permitido formar el debido juicio sobre las circunstancias de su inculpación en el mismo, y ello en línea con el levantamiento del *onus probandi* que sobre dicha parte recaía. Ahora bien, ponderando el material probatorio de que disponemos, el informe

de vida laboral de la actora y los dos informes sobre régimen de vida y conducta de esta última (el de 17 de enero de 2008 de su entonces empleador, y el de 1 de agosto de 2008 de la Policía Local de Langreo) que figuran en las actuaciones, la Sala llega a la conclusión de que aquella sombra de duda que sobre su conducta arroja el sobreseimiento provisional (no definitivo) de la precitada causa penal en que estuvo inculpada ha sido enervada de forma bastante por la diligencia probatoria desplegada por dicha parte, cuya prueba en esta sede ha desvirtuado aquellos indicios que podían poner en cuestión el requisito de la buena conducta cívica, que por todo ello entendemos que concurre en la demandante, cuya pretensión así ha de ser estimada».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 21 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 248/2006.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Nacionalidad española: buena conducta cívica. Actuaciones penales dirigidas contra una persona con el mismo nombre y apellidos.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se le denegó la nacionalidad española. El antecedente que obra en el expediente por un delito contra la seguridad del tráfico se refería a una persona llamada igual que la recurrente pero con diferente pasaporte y fecha de nacimiento.

«En el escrito de demanda se sostienen, en síntesis, los siguientes argumentos frente a la resolución recurrida:

1) La recurrente no ha tenido relación alguna con el antecedente citado en la resolución impugnada, relativo a una persona con el mismo nombre de la recurrente pero con distinto número de pasaporte y fecha de nacimiento, como puede apreciarse a la vista del atestado unido al expediente administrativo. Las fotografías y los datos que configuran

Nacionalidad

la identidad de la recurrente y de la persona implicada en las diligencias penales referidas en la resolución recurrida son distintos, por lo que la Administración ha cometido un error al denegar la nacionalidad española a la recurrente.

2) La recurrente cumple con todos los presupuestos y condiciones necesarias para la adquisición de la nacionalidad española, y el informe de la Dirección General de la Policía unido al expediente administrativo contiene datos manifiestamente erróneos, al referirse a otra persona llamada igual que la recurrente, pero con distinta fecha de nacimiento, número de pasaporte y fotografía identificativa. El error de la policía ha llevado consigo la denegación de la nacionalidad española a la recurrente.

3) La Administración debe ser condenada en las costas del procedimiento, al haber cometido múltiples errores dando lugar al presente recurso. De haberse prestado por la Administración la atención precisa este procedimiento se hubiera evitado, pues se habría constatado que las actuaciones penales que determinaron la denegación de la nacionalidad a la recurrente se referían a otra persona distinta.

Por todo ello, la demanda concluye con la súplica de que se dicte sentencia acordando conceder la nacionalidad española a la recurrente, con la consiguiente emisión del documento nacional de identidad, y condenando en costas a la Administración demandada.

(...).

En efecto, de la documentación unida al expediente administrativo se desprende que la recurrente, Caridad, nació el 28 de junio de 1978, cuenta con pasaporte guineano núm. (...) y NIE (...). Y la ciudadana de Guinea Ecuatorial implicada en las diligencias penales referidas en la resolución recurrida, aunque se llama igual que la recurrente, Caridad, nació el 24 de abril de 1979, y cuenta con pasaporte guineano núm. (...) y NIE (...).

Se trata, por tanto, de dos personas distintas, y así se hace constar en el informe de la Comisaría General de Extranjería y Documentación unido a las actuaciones judiciales como diligencia de prueba acordada a instancia de esta misma Sala, informe del que resulta que la recurrente carece de antecedentes policiales.

Y como quiera que la actora cumple con todos los presupuestos legales exigidos para el reconocimiento de la nacionalidad española, no constando en su contra circunstancia o antecedente alguno del que pueda deducirse que no ha mantenido buena conducta cívica durante su permanencia en España, debemos proceder a la estimación del presente recurso y al reconocimiento del derecho de la recurrente a la adquisición de la nacionalidad española».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 23 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 317/2008.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Denegación de nacionalidad: condena por un delito de malos tratos familiares.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la nacionalidad española, al verse implicado en hechos con trascendencia penal que merecen la calificación de graves (malos tratos familiares) y ocurridos en fechas inmediatamente anteriores a su solicitud.

«En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 25 de febrero de 2008, desestimatoria de la solicitud de nacionalidad por residencia.

La denegación tiene su base en no haberse justificado suficientemente buena conducta cívica sobre la base de una condena penal en el año 2005.

Nacionalidad

En la demanda se reconoce la existencia de la mencionada sentencia pero se defiende que en el demandante concurre buena conducta cívica posterior a los hechos por los que fue condenado sin que le sea exigible que transcurra un amplísimo período de tiempo posterior para adquirir la nacionalidad.

(...).

En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 27 de julio de 2006, siendo el recurrente nacional de Ecuador, y gozando de permiso de residencia y trabajo desde el 21 de agosto de 2003. No consta informe de vida laboral ni declaraciones de impuestos.

El expediente refleja que el recurrente fue condenado en Sentencia de 3 de noviembre de 2005 dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Pamplona por un delito de maltrato de obra y amenaza en el ámbito familiar y los hechos por los que se produjo la condena se puede presumir que se desarrollaron en 2005 dada la numeración de la causa (...). Por parte del recurrente, sobre el que recae la carga positiva de probar su buena conducta cívica, no se ha aportado testimonio alguno de las actuaciones penales que permitan concluir cuál fue su concreto desenvolvimiento y si cumplió con las consecuencias derivadas de la condena.

Por tanto es indudable que el recurrente se ha visto implicado en hechos con trascendencia penal, que merecen la calificación de graves y, además, ocurridos en fechas próximas e inmediatamente anteriores a la solicitud de nacionalidad. Este grave incidente se enmarca en una previa residencia legal de escasa duración (al margen de cuál haya sido la mera permanencia, la residencia legal no se inicia hasta 2003), unido a la no acreditación de especiales consideraciones positivas, entre las que no puede darse la relevancia que se pretende al hecho de que haya reorientado su comportamiento ya que es lo mínimo que se le puede exigir. De igual manera

las posibles notas positivas no pueden confundirse con el simple cumplimiento de otros requisitos que también se precisan para la obtención de la nacionalidad por residencia, como es la residencia legal, continuada e inmediata a la solicitud durante un determinado lapso temporal, y la integración sobre la base del conocimiento de la lengua y la voluntad de mantener una actividad laboral retribuida en nuestro país».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 23 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 86/2008.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Denegación de nacionalidad: condena por un delito continuado de estafa.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente, quien ha venido realizando diferentes actividades en España que la alejan del estándar medio de comportamiento que implica la buena conducta.

«La recurrente aduce en apoyo de su pretensión que han quedado cancelados los antecedentes penales por los que fue condenada por lo que no puede tomarse en consideración dicha condena para valorar su conducta a los efectos de obtener la nacionalidad española y también alega que se trató de un mero error motivado por la conducta de unos paisanos a los que alquiló su vivienda.

La parte recurrente empieza por afirmar que la resolución administrativa carece de la necesaria motivación pues “no se han concretado en la resolución qué hechos son tenidos en cuenta para entender que no existe buena conducta cívica”, alegación que debe ser rechazada de plano pues basta proceder a la simple lectura de dicha resolución para constatar que la Administración consideró como mala conducta cívica determinante de la denegación de su solicitud la condena penal por Sentencia de 7 de febrero de 2001 por un delito continuado de estafa, no se puede pedir mayor concreción por lo que la

Nacionalidad

alegada falta de motivación carece de todo sustento y ha de ser rechazada.

(...).

(...) la recurrente, de nacionalidad nigeriana, fue detenida en dos ocasiones (junio de 1998 y noviembre de 2003) por estafa y que el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Alorcón en relación con un juicio de faltas interesó la averiguación de domicilio y paradero y la Audiencia Provincial de Madrid solicitó en unas actuaciones por estafa su búsqueda, detención e ingreso en prisión. También consta que en noviembre de 1999 el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada siguió un procedimiento penal contra ella por robo con fuerza en las cosas interesando su búsqueda, detención y personación.

Asímismo consta probado que la Audiencia Provincial de Madrid (en relación con las actuaciones procedentes del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada) condenó a la recurrente por Sentencia de 7 de febrero de 2001 como autora de un delito continuado de estafa a la pena de un año de prisión y multa de 6 meses a razón de una cuota diaria de 1.000 pesetas y al pago de una indemnización a Telefónica de la suma de 4.431.000 pts. En esta sentencia se consideran como hechos probados que “la acusada Aurelia, con ocasión de alquilar la vivienda sita en la C/ (...) de la localidad de Fuenlabrada, vino a utilizar la misma como lugar de estancia clandestino, y a tal fin desde el 7 de octubre de 1997 al 24 de junio de 1998 se dieron de alta sucesivamente en seis líneas de teléfono mediante contratación telefónica, dando nombres no reales para evitar su identificación, dejando en total a pagar a Telefónica de España SA durante el período de tiempo indicado la cantidad de 4.431.000 pts.”. Y se le concedió la libertad condicional anticipada por Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid de 25 de agosto de 2004.

Por otra parte, las diligencias que se instruían en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Alorcón (juicio

de faltas 257/2001) fueron archivadas al considerar que la carencia de seguro obligatorio de automóvil se había despenalizado.

A la vista de estos hechos este Tribunal considera que la recurrente, al margen de carecer de elementos positivos que avalen su buena conducta, ha venido desplegando diferentes actividades en España que la alejan del estándar medio de comportamiento que implica la buena conducta. Especialmente relevante resulta a tal efecto la condena penal por un delito continuado de estafa en el año 2001, apenas 4 años antes de solicitar la nacionalidad española, condena penal que ocultó en su solicitud de nacionalidad española en la que abiertamente mintió al afirmar que no había estado procesada y carecía de antecedentes penales».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 23 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 406/2007.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Concesión de la nacionalidad: razones de orden público e interés nacional.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. De las actuaciones practicadas y de los elementos de prueba que obran en el expediente no resultan datos ni indicios que permitan concluir la participación del recurrente en actividades de colaboración con organismos de su país de origen contrarios a los intereses nacionales.

«El presente recurso tiene por objeto la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de febrero de 2007 por la que se denegó al recurrente su solicitud de nacionalidad española por residencia al considerar “razones de orden público e interés nacional que concurren en este caso, atendiendo a sus relaciones y actividades de colaboración con organismo de su país de origen contra los intereses nacionales”.

Nacionalidad

El recurrente alega que lleva residiendo en España de forma permanente desde el año 1993, está casado y tiene 3 hijos, habiendo establecido su centro de vida familiar y profesional en España negando haber participado en ninguna actividad contraria al interés nacional o estar vinculado a grupos o movimientos que realicen actividades contrarias al interés nacional.

(...).

En el supuesto que nos ocupa no puede entenderse cumplida dicha obligación por parte de la Administración por la simple referencia a la existencia de un informe reservado del CSID de fecha 14 de febrero de 2006, sin ninguna concreción fáctica, ni siquiera mediante expresión de cuál o cuáles hechos atentatorios o que afecten al orden público o interés nacional se imputan al recurrente; máxime cuando de las actuaciones practicadas y los elementos de prueba que obran en el expediente no resultan datos o indicios alguno, sino todo lo contrario, que permitan llegar a dicha conclusión. Además, como ya se pronunció esta Sala y Sección en Sentencia de 14 de diciembre de 1999 (...), “el carácter reservado de dicho informe no libera a la Administración de la obligación de justificar las razones de orden público o interés nacional en que se funde la denegación en los términos antes señalados, debiendo acudir a los medios a su alcance para ello que evidentemente no se contraen a informes reservados, que incluso pueden facilitar actuaciones distintas a los efectos de justificación o fundamentación de la denegación, que constituye una obligación legal sin cuyo cumplimiento la denegación resulta contraria al ordenamiento jurídico, por cuanto no permite integrar el concepto jurídico indeterminado de orden público o interés nacional en que se ampara la denegación, y mucho menos el adecuado control jurisdiccional del ejercicio de tal facultad”. Este criterio se sigue, igualmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004 (...), donde se afirma que la técnica a aplicar será la de juzgar casuísticamente cuando el prin-

cipio de la seguridad del Estado deba ceder ante la especial relevancia del derecho a la tutela judicial efectiva y ello conlleva que: “... la Administración si creyó que debía denegar la concesión de la nacionalidad española solicitada tomando como fundamento para ello el informe que clasificado como ‘reservado’ obraba en su poder debió dar a conocer las razones por las que creía que concurrían esos motivos razonados de orden público o interés nacional, sin que por ello experimentasen daño alguno o se pusiera en riesgo la seguridad del Estado o se comprometiesen los intereses fundamentales de la Nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional”.

Nada de ello se realizó por la Administración pues ni especifica las razones de orden público o interés nacional que aconsejan denegar la nacionalidad española al solicitante, ni cuando fue requerida para que remitiese a este órgano judicial el informe o informes así como cuanta información pudiese proporcionar a este Tribunal sobre la supuesta participación del recurrente Agustín con “actividades de colaboración con organismo de su país de origen contra los intereses nacionales” no se aclaró nada ni se aportó información complementaria o dato concreto alguno, limitándose a afirmar por oficio del Ministerio de Defensa de fecha 27 de marzo de 2008 que “no ha podido finalmente cumplimentarse, al no resultar legalmente accesible la documentación e información reclamada”.

Es por ello que no se aprecian elementos o datos que avalen lo afirmado en la resolución administrativa para denegar la nacionalidad española solicitada al no haber quedado acreditado que el recurrente participe de modo alguno en actividades o grupos contrarios al interés nacional».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 28 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 844/2007.

Nacionalidad

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Denegación de la nacionalidad española: condena por amenazas y lesiones.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la nacionalidad española por no haber justificado suficientemente buena conducta cívica.

«Se impugna la resolución de 17 de agosto de 2006 del Ministerio de Justicia, que denegó la concesión de la nacionalidad que había solicitado la hoy parte actora al no haber justificado suficientemente buena conducta cívica “ya que según consta en la documentación que obra en el expediente fue condenado en Sentencia de fecha 11 de mayo de 2006 por amenazas y lesiones”, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

(...).

En el caso que ahora nos ocupa el recurrente es natural de Colombia, nació en 1960, según el informe policial de 22 de diciembre de 2005 que obra en el expediente administrativo, es soltero y con 2 hijos de anteriores uniones, si bien en los presentes autos ha presentado un documento relacionado con la reagrupación familiar de su cónyuge, reside legalmente en España desde 2000, figura inscrito en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Arrecife (Las Palmas), en 3 de abril de 2007 tenía acreditados 2.051 días de alta en el sistema de la Seguridad Social (que en 2 de enero de 2009 ascendían a 2.691 días), y ha presentado la declaración del IRPF del año 2007.

La solicitud origen de la litis se presentó el 23 de julio de 2004, habiendo informado favorablemente en su tramitación el Ministerio Fiscal y el Juez-Encargado del Registro Civil.

Según consta en el informe policial que figura en el expediente el interesado fue detenido el 12 de abril de 2002 en Arrecife por amenazas y lesiones, incoándose las oportunas diligencias, que fueron remitidas al

Juzgado de Guardia correspondiente. En la sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Arrecife de 22 de diciembre de 2004 se puede leer lo siguiente en el apartado de hechos probados: “sobre las 12,30 horas del día 11 de abril de 2002, cuando Martín se hallaba en el bar ‘...’ sito en la calle (...), Arrecife, intimidó a su propietario, Adolfo, diciéndole “eres un hijo de puta, te voy a rajar porque yo soy colombiano y ya sabes lo que hacemos”. Asimismo, queda probado que don Florián interpuso una denuncia ante la Comisaría de Policía de esta ciudad porque, según él, Martín le había intimidado, no ratificándose en dicha denuncia en el acto del juicio al no tener interés en continuar con el procedimiento”. Tales hechos probados fueron calificados en los fundamentos de Derecho de la meritada sentencia como constitutivos de una falta de amenazas prevista y penada en el artículo 620.2 del Código Penal, siendo condenado el hoy recurrente como autor de dicha falta de amenazas a la pena de multa de 20 días con una cuota diaria de 6 euros. Por auto de 11 de mayo de 2006 se decretó el archivo definitivo de las actuaciones al haberse ejecutado la sentencia.

La resolución combatida tuvo en cuenta la susodicha condena penal por la falta de amenazas para denegar la concesión de la nacionalidad al considerar no suficientemente acreditado el requisito de la buena conducta cívica.

La demanda rectora del proceso expone las circunstancias que concurren en el caso, discrepa del parecer del acto recurrido, cita la jurisprudencia que considera de interés, y termina suplicando la concesión de la nacionalidad española, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su escrito de contestación a la demanda.

Pues bien, examinado cuanto hemos referido a la luz de la normativa y de la jurisprudencia de aplicación al supuesto enjuiciado, podemos ya anticipar la suerte desestimatoria del recurso (...).

Régimen comunitario

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 14 de mayo de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-266/08.

Ponente: Sr. Schiemann.

Voz: Inmigración ilegal: incumplimiento por España. Residencia a víctimas de la trata de seres humanos.

Resumen: Se declara que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de 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, al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva y al no haber comunicado a la Comisión las disposiciones de Derecho interno que supuestamente contribuyen a llevar a efecto tal conformidad.

«Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de 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 (... en lo sucesivo, “Directiva”), al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva o, en cualquier caso, al no haber comunicado dichas disposiciones a la Comisión.

(...).

Al no haber obtenido información alguna del Reino de España en lo que atañe a las disposiciones adoptadas por éste para dar cumplimiento a la Directiva, el 16 de octubre de 2006 la Comisión dirigió a dicho Estado miembro un escrito de requerimiento instándole, con arreglo al artículo 226 de la CE, a que presentara sus observaciones.

En su respuesta fechada el 18 de diciembre de 2006, las autoridades españolas manifestaron a la Comisión que se encontraba en curso de elaboración un Real Decreto cuya finalidad era adaptar el Derecho interno a la Directiva.

El 27 de junio de 2007, la Comisión emitió un dictamen motivado instando al Reino de España a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 17, párrafo primero, de la Directiva dentro de un plazo de 2 meses contado a partir de la recepción de dicho dictamen.

Mediante escrito de 7 de septiembre de 2007, las autoridades españolas informaron a la Comisión de que el proyecto de Real Decreto destinado a adaptar el Derecho interno a la Directiva debía aún obtener el dictamen favorable de algunos de los Ministerios afectados.

En tales circunstancias, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

El Reino de España solicita la desestimación de dicho recurso.

(...).

Por otro lado, el Reino de España alega que, si bien es cierto que aún no se ha llevado a cabo una adaptación completa y efectiva del Derecho interno a la Directiva, no lo es menos que ello no tiene como resultado la inexistencia absoluta de protección de los extranjeros nacionales de terceros países que hayan sido víctimas de la trata de seres humanos o hayan

Régimen comunitario

sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal y que cooperen con las autoridades competentes. En efecto, las disposiciones contenidas en el artículo 59 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero (...) y en el artículo 117 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que desarrolla el mencionado artículo 59, ya garantizan ampliamente en la práctica la protección que exige la Directiva.

Sin pronunciarse sobre la cuestión de si las disposiciones nacionales de este modo invocadas por el Reino de España pueden contribuir o no a llevar a efecto una adaptación parcial del Derecho interno a la Directiva, la Comisión pone de relieve que las disposiciones en cuestión no se le notificaron y que el Estado miembro tampoco las mencionó en el transcurso del procedimiento administrativo previo. Por lo demás, la Comisión observa que el propio Reino de España reconoce que no ha adoptado aún todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva. En consecuencia, la Comisión se ratifica en las pretensiones de su recurso.

A este respecto, procede declarar, en primer lugar, que del examen de las disposiciones nacionales que invoca el Reino de España se desprende manifiestamente que las mismas no son suficientes para llevar a cabo una adaptación completa del Derecho interno a la Directiva, extremo este que, por lo demás, no pone en tela de juicio dicho Estado miembro.

Por lo tanto, consta que, en la fecha en que expiró el plazo concedido en el dictamen motivado, el Reino de España no había adoptado aún todas las medidas necesarias para culminar la adaptación del Derecho interno a la Directiva.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de 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, al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva y al no haber comunicado a la Comisión las disposiciones de Derecho interno que supuestamente contribuyen a llevar a efecto tal conformidad.

2) Condenar en costas al Reino de España».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 4 de junio de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-22/08 y 23/08.

Ponente: Sr. Cunha Rodrigues.

Voz: Ciudadanía de la Unión: actividad profesional en otro Estado miembro. Estatuto de trabajador.

Resumen: El Tribunal de Justicia declara que el artículo 12 de la CE no se opone a una normativa nacional que excluye a los nacionales de los Estados miembros del acceso a prestaciones de asistencia social mientras que las concede a los nacionales de Estados terceros.

«M. Vatsouras, nacido el 10 de diciembre de 1973 y de nacionalidad griega, llegó a Alemania en marzo de 2006.

El 10 de julio de 2006, solicitó de la ARGE la concesión de prestaciones contempladas en el SGB II. Mediante decisión de la ARGE de 27 de julio de 2006, le fueron concedidas tales prestaciones hasta el 30 de noviembre de 2006. Del importe de dichas prestaciones se dedujeron los ingresos obtenidos por el Sr. Vatsouras por su actividad profesional, por lo que el importe mensual de las prestaciones resultó de 169 euros. Mediante decisión de la ARGE

Régimen comunitario

de 29 de enero de 2007, se prorrogó la prestación hasta el 31 de mayo de 2007.

Al finalizar el mes de enero de 2001 terminó la actividad profesional del Sr. Vatsouras.

Mediante decisión de 18 de abril de 2007, la ARGE suprimió la concesión de estas prestaciones, con efectos a 30 de abril de 2007. La reclamación presentada por el Sr. Vatsouras contra esta decisión fue desestimada mediante resolución de la ARGE, de 4 de julio de 2007, por considerar que no tenía derecho a las prestaciones conforme al artículo 7, apartado 1, segunda frase, número 2, del SGB II. Contra esta resolución el Sr. Vatsouras interpuso un recurso ante el Sozialgericht Nürnberg.

En el ínterin, el 4 de junio de 2007, el Sr. Vatsouras ha reanudado su actividad profesional que le permite no depender de la asistencia social.

Asunto C-23/08

El Sr. Koupatantze, nacido el 15 de mayo de 1952, es nacional griego.

Entró en Alemania en octubre de 2006 y aceptó un empleo el 1 de noviembre siguiente. Su contrato de trabajo concluyó el 21 de diciembre, a causa de la falta de pedidos que alegó su empleador.

El 22 de diciembre de 2006, el Sr. Koupatantze solicitó de la ARGE las prestaciones de base a favor de los demandantes de empleo previstas en el SGB II. Mediante decisión de la ARGE, de 15 de enero de 2007, se le concedió, hasta el 31 de mayo de ese año, una prestación por importe de 670 euros al mes. Sin embargo, mediante decisión de 18 de abril de 2007, la ARGE suprimió la concesión de estas prestaciones, con efectos a 28 de abril de 2007.

La reclamación presentada por el Sr. Koupatantze contra esta decisión fue desestimada mediante resolución de la ARGE, de 11 de mayo de 2007, por

considerar que no tenía derecho a las prestaciones conforme al artículo 7, apartado 1, segunda frase, número 2, del SGB II. Contra esta resolución el Sr. Koupatantze interpuso un recurso ante el tribunal remitente.

A partir del 1 de junio de 2007, el Sr. Koupatantze ha reanudado su actividad profesional que le permite no depender de la asistencia social.

Cuestiones prejudiciales

El 18 de diciembre de 2007, el Sozialgericht Nürnberg decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Es compatible el artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38 (...) con el artículo 12 de la CE, en relación con el artículo 39 de la CE?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿es contraria al artículo 12 de la CE, en relación con el artículo 39 de la CE, una normativa nacional que excluya a los ciudadanos de la Unión del acceso a prestaciones sociales, cuando hayan superado el tiempo máximo de residencia del artículo 6 de la Directiva 2004/38 (...) y no les asista el derecho de residencia conforme a otras disposiciones?

3) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿es contraria al artículo 12 de la CE una normativa nacional que excluya a los nacionales de uno de los Estados miembros de la Unión Europea incluso del acceso a prestaciones sociales que se garantizan a los inmigrantes ilegales?»

(...).

(...) el tribunal remitente desea averiguar si el artículo 12 de la CE se opone a una normativa nacional que excluye a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea del acceso a prestaciones sociales que se concedan a los inmigrantes ilegales.

Régimen comunitario

En el marco de esta cuestión, el tribunal remitente se refiere a las disposiciones de la ley sobre las prestaciones que han de concederse a los solicitantes de asilo, cuyo artículo 1, punto 1, establece que los extranjeros que se encuentren efectivamente en la República Federal de Alemania tienen derecho a dichas prestaciones si son titulares de un permiso provisional de residencia para solicitantes de asilo.

Por consiguiente, procede interpretar la cuestión planteada en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional pregunta fundamentalmente si el artículo 12 de la CE se opone a una normativa nacional que excluye a los nacionales de los Estados miembros del acceso a prestaciones de asistencia social mientras que las concede a los nacionales de Estados terceros.

El artículo 12 de la CE, párrafo primero, prohíbe, en el ámbito de aplicación del Tratado CE y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, toda discriminación por razón de la nacionalidad.

Esta disposición se refiere a las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario en las que un nacional de un Estado miembro sufre un trato discriminatorio en relación con los nacionales de otro Estado miembro únicamente por razón de su nacionalidad y no se aplica a los supuestos de una eventual diferencia de trato entre los nacionales de Estados miembros y los de Estados terceros».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 18 de junio de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-88/08.

Ponente: Sra. P. Lindh.

Voz: Igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Discriminación por edad.

Resumen: El Tribunal señala que la Directiva 2000/78/CE se opone a una normativa nacional que, con la finalidad de no desfavorecer la enseñanza general con relación a la formación profesional y de fomentar la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, excluye el cómputo de los períodos de empleo cubiertos antes de los 18 años de edad a efectos de la determinación del escalón que corresponde a los agentes contractuales de la función pública de un Estado miembro.

«El Sr. Hütter, demandante en el litigio principal, nació en 1986. Con una compañera suya completó, del 3 de septiembre de 2001 al 2 de marzo de 2005, un período de aprendizaje de técnico de laboratorio en la TUG, organismo público que se rige por la Ley federal de 2002 sobre la organización de las universidades y sus estudios.

El Sr. Hütter y su compañera fueron contratados a continuación por la TUG, del 3 de marzo de 2005 al 2 de junio de 2005, es decir, por un período de 3 meses. Al ser la compañera del Sr. Hütter 22 meses mayor que él, obtuvo una clasificación en escalón más favorable, que se tradujo en una diferencia de sueldo mensual de 23,20 euros. Esta diferencia se debía a que el período de aprendizaje cubierto por el Sr. Hütter durante su mayoría de edad fue únicamente de unos 6,5 meses, frente a los 28,5 meses de su compañera.

El Sr. Hütter interpuso un recurso ante el Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz. Solicitó el pago de una compensación equivalente a la diferencia de sueldo en perjuicio suyo por razón de de edad, que considera injustificada y contraria tanto a la B-GIBG como a la Directiva 2000/78. Esa diferencia de sueldo se cifra en la cantidad de 69,60 euros.

Al haberse estimado las pretensiones del Sr. Hütter tanto en primera instancia como en apelación, la TUG interpuso recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente. Éste se pregunta más concretamente si el artículo 6 de la Directiva 2000/78

Régimen comunitario

se opone a una medida nacional que permite a los empleadores no tener en cuenta períodos de experiencia profesional adquiridos antes de la mayoría de edad para no desfavorecer a las personas que hayan cursado estudios secundarios, no incitar a los alumnos a abandonar este tipo de estudios y, más genéricamente, para que no resulte costoso para el sector público el aprendizaje dirigido a favorecer la inserción de los jóvenes aprendices en el mercado laboral.

En estas circunstancias, el Oberster Gerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Deben interpretarse los artículos 1, 2 y 6 de la Directiva [2000/78] en el sentido de que se oponen a una normativa nacional [...] que excluye períodos anteriores de empleo computables para determinar la fecha de referencia a efectos de promoción, en la medida en que se hayan cubierto antes del cumplimiento de la edad de 18 años?”.

(...).

Pues bien, una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal da un trato menos favorable a las personas cuya experiencia profesional haya sido adquirida, aunque sea sólo parcialmente, antes de los 18 años de edad, con relación a las que hayan obtenido después de haber alcanzado dicha edad una experiencia de la misma naturaleza y de duración análoga. Una normativa de esta naturaleza establece una diferencia de trato entre personas en función de la edad a la que hayan adquirido su experiencia profesional. Como demuestran los hechos de que se trata en el asunto principal, este criterio puede llegar hasta conducir a una diferencia de trato entre dos personas que hayan cursado los mismos estudios y adquirido la misma experiencia profesional, y ello exclusivamente en función de las edades respectivas de esas personas. Por tanto, tal disposición establece una

diferencia de trato basada directamente en el criterio de la edad en el sentido del artículo 2, apartados 1 y 2, letra a), de la Directiva 2000/78.

Sin embargo, del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 se desprende que tales diferencias de trato basadas en la edad “no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”.

(...).

Por lo que atañe al objetivo dirigido a no desfavorecer a la enseñanza secundaria general con relación a la formación profesional, hay que subrayar que el criterio de la edad a la que se adquirió la experiencia anterior se aplica con independencia de cuál sea el tipo de enseñanza cursado. Excluye tanto el cómputo de la experiencia adquirida antes de los 18 años de edad por una persona que haya cursado enseñanza general como la adquirida por una persona procedente de la formación profesional. Por tanto, dicho criterio puede conducir a una diferencia de trato entre dos personas procedentes de la formación profesional o entre dos personas procedentes de la enseñanza general con arreglo únicamente al criterio de la edad a la que adquirieron su experiencia profesional. En estas circunstancias, no cabe concluir que el criterio de la edad a la que se adquirió la experiencia profesional es adecuado para lograr el objetivo de no desfavorecer a la enseñanza general con relación a la formación profesional. A este respecto, procede señalar que un criterio basado directamente en el tipo de estudios cursados sin atender a la edad de las personas resulta mejor adaptado, a la luz de la Directiva 2000/78, para lograr el objetivo de no desfavorecer a la enseñanza general.

Régimen comunitario

Por lo que respecta al objetivo dirigido a favorecer la inserción en el mercado laboral de los jóvenes que han cursado formación profesional, hay que subrayar que la exclusión del cómputo de la experiencia adquirida antes de los 18 años de edad se aplica indistintamente a todos los agentes contractuales de la función pública, con independencia de la edad a la que hayan sido contratados. Así, este criterio de la edad a la que se adquirió la experiencia profesional no permite distinguir a un grupo de personas definidas por su juventud con la finalidad de reservarles determinadas condiciones de contratación especiales destinadas a favorecer su inserción en el mercado de trabajo. Una norma como la controvertida en el procedimiento principal se diferencia de medidas como las evocadas por el Gobierno danés que tienden a favorecer la inserción profesional de jóvenes de menos de 18 años en la medida en que éstas prevén la aplicación a éstos de unas condiciones mínimas de remuneración inferiores a las aplicables a los trabajadores que tienen más edad. En la medida en que no toma en consideración la edad de las personas en el momento de su contratación, una norma como la controvertida en el litigio principal no es adecuada, por tanto, para favorecer la entrada en el mercado de trabajo de una categoría de trabajadores definida por su juventud».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 9 de julio de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-272/08.

Ponente: Sr. Tizzano.

Voz: Incumplimiento de España: derecho de asilo. No adaptación del Derecho interno en plazo.

Resumen: El Tribunal de Justicia declara que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/83/CE, 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, al no haber adoptado, dentro del plazo fijado, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva.

«En su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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 (DO L 304, p. 12; en lo sucesivo, “Directiva”), al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a dicha Directiva o, en cualquier caso, al no haber comunicado dichas disposiciones a la Comisión.

El artículo 38 de la Directiva dispone que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella a más tardar el 10 de octubre de 2006, e informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Al no haber recibido información del Reino de España sobre la adaptación de su Derecho interno a la Directiva, la Comisión, mediante escrito de 27 de noviembre de 2006, requirió a dicho Estado miembro para que presentara sus observaciones, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 226 de la CE.

Como de las observaciones presentadas por este Estado miembro mediante escrito de 29 de enero de 2007 se desprendía que no había adoptado aún las disposiciones necesarias para adaptar su Derecho interno a la Directiva, la Comisión emitió el 27 de junio de 2007 un dictamen motivado, en el que concluía que, al no haber adoptado dichas disposiciones en el plazo fijado, el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en

Régimen comunitario

virtud de dicha Directiva. La Comisión instó, por tanto, a este Estado miembro a que adoptara las medidas necesarias para ajustarse a este dictamen motivado en un plazo de 2 meses a partir de su recepción.

Mediante escrito de 7 de septiembre de 2007, el Reino de España respondió al dictamen motivado indicando que las autoridades competentes estaban tramitando un texto legislativo.

Al no recibir información adicional sobre la adaptación efectiva del Derecho interno a la Directiva, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

En su escrito de contestación, el Gobierno español no niega, en lo esencial, el incumplimiento que se le reprocha. Alega no obstante que las disposiciones nacionales vigentes en la actualidad, aunque no bastan para garantizar una adaptación completa del ordenamiento jurídico español a la Directiva, se ajustan sin embargo a dicha Directiva. Sostiene además que las medidas destinadas a efectuar tal adaptación se están tramitando y probablemente serán aprobadas definitivamente en el primer semestre de 2009, explicando que el retraso observado se debe principalmente a la celebración de elecciones y a la reestructuración de los departamentos ministeriales afectados.

(...).

No obstante, resulta obligado hacer constar que, en el presente asunto, el Reino de España no ha demostrado, y ni siquiera alegado, que las disposiciones nacionales vigentes puedan hacer superflua la adaptación del Derecho interno a la Directiva, por estar ya garantizada la conformidad del Derecho nacional con el Derecho comunitario. Antes al contrario, las autoridades españolas han reconocido que las disposiciones nacionales vigentes no eran suficientes para garantizar una adaptación completa de su Derecho interno a la Directiva.

Además, procede recordar igualmente que un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una directiva (...).

En el presente asunto, ha quedado acreditado que, al expirar el plazo fijado en el dictamen motivado, no se habían adoptado aún las medidas necesarias para la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) decide:

- 1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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, al no haber adoptado, dentro del plazo fijado, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva.
- 2) Condenar en costas al Reino de España».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 16 de julio de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-537/07.

Ponente: Sr. Lohmus.

Voz: Permiso parental: pensión de incapacidad permanente.

Resumen: El Tribunal de Justicia declara que la Directiva 96/34/CE no se opone a que se tenga en cuenta, a la hora de calcular la pensión de incapacidad permanente a un trabajador, la circunstancia de que ha disfrutado de un período de permiso parental a tiempo parcial durante el que ha co-

Régimen comunitario

tizado y ha adquirido derechos a pensión en proporción al salario percibido.

«Se desprende del auto de remisión que, desde el 17 de diciembre de 1986, la Sra. Gómez-Limón Sánchez-Camacho prestó servicios como auxiliar administrativa en régimen de jornada completa para Alcampo, SA, empresa del sector de los supermercados mayoristas.

Con efectos a partir del 6 de diciembre de 2001, la Sra. Gómez-Limón Sánchez-Camacho pactó con la empresa, con arreglo a la normativa entonces vigente, acogerse al régimen de reducción de jornada por guarda legal de un hijo menor de 6 años, con la consiguiente reducción en un tercio de su jornada laboral.

Al mismo tiempo, se redujeron en igual proporción tanto la retribución de la Sra. Gómez-Limón Sánchez-Camacho como, al no haberse sucrito ningún convenio especial, el importe de las cotizaciones al régimen general de la seguridad social efectuadas por la empresa y la trabajadora, que es un porcentaje de la retribución percibida.

Como consecuencia de una enfermedad común, la Sra. Gómez-Limón Sánchez-Camacho instó, debido a limitaciones orgánicas y funcionales, un procedimiento administrativo que concluyó con la resolución del INSS de 30 de junio de 2004 en la que se reconoce que está afectada por una incapacidad permanente total para su profesión habitual, con derecho a una pensión del 55 por 100 sobre una base reguladora de 920,33 euros mensuales.

Esta base se calculó a partir del importe de las cotizaciones realmente abonadas al sistema público de seguridad social durante el período que debe tenerse en cuenta en virtud de la legislación reguladora de las prestaciones, es decir, el período comprendido entre el 1 de noviembre de 1998 y el mes de noviembre de 2004. El mencionado importe incluye la totalidad de las cotizaciones efectuadas

por la Sra. Gómez-Limón Sánchez-Camacho y por su empresario.

La interesada presentó demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid alegando que si bien el cálculo practicado tiene en cuenta las cotizaciones realmente efectuadas, éstas están minoradas en proporción a la reducción de su salario derivada de la disminución de jornada durante el permiso parental por cuidado de hijo menor, y que su pensión debería haberse calculado sobre la base del importe de las cotizaciones correspondientes a la jornada completa. Afirma que el cálculo efectuado a su respecto priva de efecto práctico un medio destinado a promover la igualdad ante la ley y a eliminar la discriminación por razón de sexo.

En estas circunstancias, el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid ha decidido suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) Teniendo en cuenta la naturaleza de medida de promoción de la igualdad que [tiene] la concesión de un permiso parental, en la modalidad y extensión que libremente haya fijado cada Estado dentro de los límites mínimos impuestos por la Directiva 1996/34/CE, si es posible que el disfrute de ese período de permiso parental, en el caso de reducción de jornada y salario por cuidado de hijos menores, puede afectar a los derechos en trance de adquisición por el trabajador o trabajadora que disfruta de ese permiso parental y si puede invocarse por los particulares ante las instituciones públicas de un Estado el principio de no afectación de derechos adquiridos o en trance de adquisición.

2) En particular, si la expresión ‘derechos adquiridos o en trance de adquisición’ del apartado 6 de la Cláusula segunda de la misma Directiva comprende solamente derechos en relación con las condiciones de trabajo y se proyecta solamente sobre la relación contractual de trabajo con el empresario o si, por el contrario, también afecta a la conservación de los

Régimen comunitario

derechos adquiridos o en trance de adquisición en materia de seguridad social, así como si la exigencia de 'continuidad de los derechos a las prestaciones sociales para los diferentes riesgos' del ap. 8 de la cláusula segunda de la Directiva 1996/34/CE puede entenderse cumplida mediante la fórmula ahora considerada y que se aplicó por las autoridades nacionales y, en su caso, la posibilidad de invocar ante las autoridades públicas de un Estado miembro ese derecho a la continuidad de los derechos a las prestaciones sociales, por ser suficientemente preciso y concreto.

3) Si las disposiciones comunitarias son compatibles con una legislación nacional que, durante el período de reducción de jornada por permiso parental, reduce la pensión de incapacidad a recibir en relación con la que sería aplicable antes de dicho permiso y da lugar igualmente a la reducción del devengo y consolidación de futuras prestaciones en proporción a la reducción que se produce en la jornada y salario.

4) Si, presuponiendo la obligación de los Tribunales nacionales de interpretar el Derecho nacional a la vista de las obligaciones de la Directiva, para posibilitar en la mayor medida posible el cumplimiento de los objetivos pretendidos por la norma comunitaria, ha de aplicarse también dicha exigencia a la continuidad de los derechos en materia de seguridad social durante la situación de disfrute del permiso parental y en concreto en los supuestos de recurso a una modalidad de licencia parcial o reducción de jornada como la utilizada en esta ocasión.

5) Si, en las concretas condiciones del litigio, la reducción del reconocimiento y devengo de prestaciones de seguridad social durante el período de permiso parental puede considerarse una discriminación directa o indirecta contraria a las previsiones de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre, sobre el principio de igualdad de trato y ausencia de discriminación entre hombres y mujeres en materia de seguridad social y contraria

asimismo a la exigencia de igualdad y no discriminación entre hombre y mujer según la tradición común a los Estados Miembros, en la medida en que dicho principio ha de proyectarse no solamente sobre las condiciones de empleo, sino también sobre la actividad pública de protección social de los trabajadores".

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) La cláusula 2, apartado 6, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado el 14 de diciembre de 1995, que figura en anexo a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, puede ser invocada por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

2) La cláusula 2, apartados 6 y 8, del Acuerdo marco sobre el permiso parental no se opone a que se tenga en cuenta, a la hora de calcular la pensión de incapacidad permanente de un trabajador, la circunstancia de que ha disfrutado de un período de permiso parental a tiempo parcial durante el que ha cotizado y ha adquirido derechos a pensión en proporción al salario percibido.

3) La cláusula 2, apartado 8, del Acuerdo marco sobre el permiso parental no impone a los Estados miembros más obligación que la de examinar y determinar los asuntos de seguridad social vinculados con dicho Acuerdo de conformidad con la legislación nacional. En particular, no les impone la obligación de prever la continuidad en la percepción de prestaciones de seguridad social durante el permiso parental. Los particulares no pueden invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales la mencionada cláusula 2, apartado 8, frente a las autoridades públicas.

Régimen comunitario

4) El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en particular, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social en el sentido de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, no se opone a que, durante el período de permiso parental a tiempo parcial, el trabajador adquiera derechos a pensión de incapacidad permanente en función del tiempo de trabajo efectuado y del salario percibido y no como si hubiera trabajado a tiempo completo».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 16 de julio de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-208/07.

Ponente: Sr. Caoimh.

Voz: Seguridad social: prestaciones en especie destinadas a cubrir un riesgo de dependencia.

Resumen: El Tribunal declara que cuando, a diferencia de un régimen de seguridad social del Estado competente, el del Estado miembro en que reside una persona dependiente, asegurada como miembro de la familia de un trabajador por cuenta propia o ajena, no prevé el servicio de prestaciones en especie en determinadas situaciones de dependencia, el artículo 18 de la CE no se opone a una normativa como la establecida en el Código de la Seguridad Social alemán, según la cual, una institución competente deniega la asunción de los gastos ocasionados por la estancia en un establecimiento de asistencia a personas dependientes situado en un Estado miembro de residencia y por un importe equivalente a las prestaciones a las que la persona tendría derecho si la misma asistencia le fuera dispensada en un establecimiento concertado situado en el Estado competente.

«De la resolución de remisión se desprende que, al encontrarse en una situación de dependencia, la Sra. von Chamier-Glisczinski, nacional alemana residente en Múnich, recibía del DAK, organismo de seguridad social en el que estaba asegurada a través

de su marido, las prestaciones del seguro de dependencia (...).

(...).

En el escrito de la parte demandante en el procedimiento principal se indica, en particular, que el Sr. von Chamier-Glisczinski trabajó por cuenta ajena en Alemania en el período comprendido entre el 1 de marzo de 1987 y el 30 de junio de 2002, pero fue liberado de sus obligaciones laborales desde el mes de agosto de 2001 en virtud de una cláusula adicional de resolución de su contrato de trabajo. En la vista oral, el Sr. von Chamier-Glisczinski, en respuesta a determinadas preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia, precisó, en particular, que esta cláusula se acordó especialmente debido a que ya no se consideraba capaz siquiera de asumir en su hogar los cuidados que requería el estado de su esposa.

De la resolución de remisión y de los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que el 27 de agosto de 2001 el Sr. von Chamier-Glisczinski solicitó esencialmente a la DAK que las prestaciones del seguro de dependencia a la que tenía derecho la Sra. von Chamier-Glisczinski en virtud de la normativa alemana se sirvieran en la forma de asistencia total prevista en el artículo 43 Libro XI del SGB, en un establecimiento situado en Austria, en el que ella deseaba permanecer (en lo sucesivo, “solicitud de 27 de agosto de 2001”). En la vista, el Sr. von Chamier-Glisczinski precisó a este respecto que, puesto que tenía intención de hacerse cargo de la gestión de una empresa situada cerca de Salzburgo (Austria), deseaba ingresar a su esposa en un establecimiento de asistencia a personas dependientes próximo a esta ciudad.

Mediante decisión de 31 de agosto de 2001 la DAK denegó la solicitud de 27 de agosto de 2001 adviniendo, en particular, que, en casos como el de la Sra. von Chamier-Glisczinski, el Derecho austriaco no prevé la concesión de prestaciones en especie a

Régimen comunitario

favor de los afiliados a un régimen de seguridad social de dicho Estado miembro. Sin embargo, según la DAK, la Sra. von Chamier-Glisczinski tenía derecho a la asignación de dependencia contemplada en el artículo 37 del Libro XI del SGB para la categoría III, es decir, a 1.300 DEM mensuales.

De la resolución de remisión se deduce que, del 17 de septiembre de 2001 al 18 de diciembre de 2003, la Sra. von Chamier-Glisczinski permaneció en un establecimiento de atención a personas dependientes, reconocido por el Estado de Austria, adonde se trasladó porque su marido tenía intención de buscar un empleo en ese país.

Sin embargo, en el escrito de la parte demandante en el procedimiento principal que se menciona en el apartado 22 de esta sentencia se afirma que el Sr. von Chamier-Glisczinski buscaba trabajo en Austria desde el mes de agosto de 2001 para «poder estar más cerca de su esposa». Por otra parte, en la vista el Sr. von Chamier-Glisczinski indicó que, para asumir la gerencia por cuenta propia de la empresa austriaca mencionada en el apartado 24 de la presente sentencia, pasó la mayor parte de su tiempo en Salzburgo, aunque conservó su residencia en Múnich. En esta vista también precisó que, en febrero de 2002, fracasaron las negociaciones relativas a la gestión de la citada empresa, por lo que, en ese momento, tuvo que buscar un empleo por cuenta ajena en Austria.

Mediante decisión de 20 de marzo de 2002, la DAK desestimó la reclamación presentada contra su decisión de 31 de agosto de 2001. De los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que el motivo principal de esta desestimación era que la asistencia total en un establecimiento de asistencia prevista en el artículo 43 del Libro XI del SGB no podía “exportarse”, puesto que era una prestación en especie. Según la DAK, en virtud de la sentencia Molenaar, antes citada, la única prestación que puede realizarse en Austria a pesar de la limitación prevista en el artículo 34 del Libro XI del SGB es la

asignación de dependencia, como prestación en metálico. Además, según la DAK, el establecimiento especializado de que se trata, sito en Austria, no era un establecimiento concertado en el sentido del Libro XI del SGB, siendo así que, incluso en territorio alemán, la asistencia total a que se refiere el artículo 43 de este Libro sólo puede prestarse en establecimientos concertados en el sentido de dicho Libro.

En la vista, el Sr. von Chamier-Glisczinski precisó que, a finales de 2003, declaró una actividad comercial en Alemania, transfirió su residencia a Laufen (Alemania) e hizo trasladar a su esposa de nuevo a Alemania. Del escrito de la parte demandante en el procedimiento principal mencionado en el apartado 22 de la presente sentencia se desprende que, a partir de julio de 2004, la Sra. von Chamier-Glisczinski pudo obtener asistencia en un establecimiento situado en las inmediaciones de Laufen, localidad en la que en abril de 2004 su esposo había establecido la sede de su actividad comercial.

Del escrito de la DAK mencionado en el apartado 22 de la presente sentencia se deduce que el Sr. von Chamier-Glisczinski estuvo asegurado en dicha Caja:

– Con carácter facultativo, hasta el 30 de junio de 2002 como trabajador por cuenta ajena;

– Con carácter obligatorio, en el período comprendido entre el 1 de julio de 2002 y el 18 de diciembre de 2003, mientras estuvo registrado como solicitante de empleo en la oficina de empleo de Múnich, de la que percibía prestaciones por desempleo, y

– A partir del 19 de diciembre de 2003, como trabajador por cuenta propia.

Mediante Sentencia de 11 de octubre de 2005, el Sozialgericht München (tribunal de lo social de Múnich) desestimó la demanda interpuesta contra la decisión de la DAK de 20 de marzo de 2002.

Régimen comunitario

En el recurso de apelación interpuesto contra esta sentencia ante el Bayerisches Landessozialgericht (Tribunal de lo Social del Land de Baviera), la parte demandante en el procedimiento principal mantiene la pretensión de reembolso de los gastos ocasionados por la estancia en el establecimiento de asistencia austriaco, correspondiente al período comprendido entre el 17 de septiembre de 2001 y el 18 de diciembre de 2003, por un importe equivalente a la diferencia entre la asignación de dependencia concedida en aplicación del artículo 37 del Libro XI del SGB y la cantidad prevista por la normativa alemana para la asistencia total contemplada en el artículo 43 del Libro XI del SGB.

En apoyo de sus pretensiones alega que, para la DAK, las prestaciones en especie corresponden, de hecho, a prestaciones en metálico, por lo que no existe ningún criterio de diferenciación permitido que justifique excluir la exportación de prestaciones en especie. Añade que la denegación de prestaciones en especie infringe el artículo 39 de la CE en relación con el artículo 10 del Reglamento núm. 1612/1968, aplicable por analogía. Por último, invoca la violación de la libre prestación de servicios prevista en el artículo 49 de la CE.

El Bayerisches Landessozialgericht, considerando que la resolución del litigio de que conoce depende de la interpretación del Derecho comunitario, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

“1) ¿Debe interpretarse el artículo 19, apartado 1, letra a), en relación, en su caso, con el apartado 2, del Reglamento (...) núm. 1408/1971, a la luz del artículo 18 de la CE y de los artículos 39 [CE] y 49 de la CE, en relación con el artículo 10 del Reglamento (...) núm. 1612/1968, en el sentido de que el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, así como los miembros de su familia, no disfrutarán de las prestaciones económicas o compensatorias servidas, por cuenta de la institución competente, por la ins-

titución del lugar de residencia si las disposiciones de la legislación que ésta aplique no prevén para sus asegurados prestaciones en especie, sino sólo prestaciones en metálico?

2) En caso de no existir tal derecho, ¿existe, a la luz del artículo 18 de la CE, o de los artículos 39 (CE) y 49 de la CE, un derecho a que la institución competente, previa autorización, asuma los gastos de un período de internamiento en un establecimiento de atención a personas dependientes de otro Estado miembro, por el importe de las prestaciones que se sirvan en el Estado (...) competente?”.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) Cuando, a diferencia del régimen de seguridad social del Estado competente, el del Estado miembro en el que reside una persona dependiente, asegurada como miembro de la familia de un trabajador por cuenta ajena o de un trabajador por cuenta propia en el sentido del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/1997, del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado por el Reglamento (CE) núm. 1386/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, no prevé el servicio de prestaciones en especie en situaciones de dependencia como las de esta persona, los artículos 19 ó 22, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento no exigen, como tales, el servicio de tales prestaciones fuera del Estado competente por parte o por cuenta de la institución competente.

2) Cuando, a diferencia de un régimen de seguridad social del Estado competente, el del Estado

Régimen comunitario

miembro en que reside una persona dependiente, asegurada como miembro de la familia de un trabajador por cuenta ajena o de un trabajador por cuenta propia en el sentido del Reglamento núm. 1408/1971, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento núm. 118/1997, modificado por el Reglamento núm. 1386/2001, no prevé el servicio de prestaciones en especie en determinadas situaciones de dependencia, el artículo 18 de la CE no se opone, en circunstancias como las del procedimiento principal, a una normativa como la establecida por el artículo 34 del Libro XI del Sozialgesetzbuch (Código de la Seguridad Social), conforme a la cual una institución competente deniega, en tales circunstancias y con independencia de los mecanismos establecidos por los artículos 19 o, en su caso, 22.1, letra b), de dicho Reglamento núm. 1408/1971 y por un período indeterminado, la asunción de los gastos ocasionados por la estancia en un establecimiento de asistencia a personas dependientes situado en el Estado miembro de residencia y por un importe equivalente a las prestaciones a las que la persona de que se trata tendría derecho si la misma asistencia le fuera dispensada en un establecimiento concertado situado en el Estado competente».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 10 de septiembre de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-277/08.

Ponente: Sr. Levits.

Voz: Vacaciones anuales que coinciden con una incapacidad temporal.

Resumen: El Tribunal declara que la Directiva 2003/88/CE no se opone a disposiciones nacionales o convenios colectivos que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones de la empresa en la que está contratado no tiene derecho, una vez dado de alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales

en un período distinto del fijado inicialmente, en su caso fuera del período de referencia de que se trate.

«El Sr. Vicente Pereda, demandante en el litigio principal, trabaja con la categoría de conductor especialista para Madrid Movilidad, SA, empresa cuya actividad consiste en la retirada de vehículos mal estacionados en la vía pública, percibiendo como contrapartida las tasas y derechos de estacionamiento correspondientes.

Según el calendario de vacaciones anuales del personal de dicha empresa para el año 2007, establecido con arreglo al convenio colectivo para 2006-2009 y conforme a la propuesta de vacaciones presentada por el comité de empresa, se asignó al Sr. Vicente Pereda el período vacacional del 16 de julio al 14 de agosto de 2007.

A consecuencia de un accidente de trabajo acaecido el 3 de julio de 2007, el Sr. Vicente Pereda causó baja médica hasta el 13 de agosto de 2007, por lo que el período de vacaciones anuales de que disfrutó durante el año 2007 sin encontrarse simultáneamente en situación de incapacidad temporal se limitó a los días 14 y 15 de agosto de 2007.

El 19 de septiembre de 2007, el Sr. Vicente Pereda solicitó a su empleador que, dada su situación de incapacidad temporal durante el período de vacaciones anuales que se le había asignado inicialmente, se le concediera un nuevo período de vacaciones anuales retribuidas para el año 2007, comprendido entre el 15 de noviembre y el 15 de diciembre de dicho año.

Madrid Movilidad, SA, denegó esta petición sin hacer constar motivación alguna.

El demandante en el litigio principal presentó demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid. Éste se pregunta si la decisión de la demandada en el litigio principal se debe a una interpretación errónea del artículo 7, apartado 1, de la

Régimen comunitario

Directiva 2003/88 que resulte incompatible con el propio concepto de vacaciones anuales retribuidas previsto por el Derecho comunitario.

Dadas las circunstancias, el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Debe interpretarse el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE en el sentido de que cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincide en el tiempo con una incapacidad temporal derivada de un accidente de trabajo acaecido antes de la fecha prevista para su inicio, el trabajador afectado, una vez dado de alta médica, tiene derecho a disfrutar las vacaciones en fechas distintas a las preestablecidas, haya concluido o no el año natural a que correspondan?”.

(...).

En efecto, en aras de una protección eficaz de su seguridad y de su salud, el trabajador debe normalmente poder disfrutar de un descanso efectivo, ya que el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 sólo permite que el derecho a vacaciones anuales retribuidas sea sustituido por una compensación económica en caso de que concluya la relación laboral (véanse en este sentido, en relación con la Directiva 93/104, las Sentencias antes citadas BECTU, apartado 44, y Merino Gómez, apartado 30).

Además, es pacífico que la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento. Tal finalidad difiere de la correspondiente al derecho a causar baja por enfermedad. Este último derecho se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad..

Se desprende de cuanto antecede, especialmente de la citada finalidad del derecho a vacaciones anua-

les retribuidas, que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante un período de vacaciones anuales fijado previamente tiene derecho, a petición suya y al objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales, a tomarlas en fecha distinta a la de la incapacidad temporal. La fijación de este nuevo período de vacaciones anuales, cuya duración equivaldrá al tiempo en que hayan coincidido el período de vacaciones anuales fijado inicialmente y la incapacidad temporal, está sometida a las disposiciones y procedimientos de Derecho nacional aplicables a la fijación de las vacaciones de los trabajadores, teniendo en cuenta los diversos intereses concurrentes y, en particular, las razones imperiosas que se derivan de los intereses de la empresa.

En el supuesto de que tales intereses se opongan a que se acepte la solicitud del trabajador relativa al nuevo período de vacaciones anuales, el empresario está obligado a asignar al trabajador otro período de vacaciones anuales que éste proponga y que sea compatible con dichos intereses, sin excluir *a priori* que ese período pueda quedar fuera del período de referencia de las vacaciones anuales en cuestión.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones nacionales o convenios colectivos que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones de la empresa en la que está contratado no tiene derecho, una vez dado de alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales en un período

Régimen comunitario

distinto del fijado inicialmente, en su caso fuera del período de referencia de que se trate».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 1 de octubre de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-103/08.

Ponente: Sr. Tizzano.

Voz: Ciudadanía de la Unión y libre circulación: viñeta de peaje anual gratuita para discapacitados.

Resumen: El Tribunal señala que el artículo 12 de la CE no se opone a una norma nacional que limita la concesión a título gratuito de una viñeta de peaje anual a las personas discapacitadas que tengan su domicilio o residencia habitual en el territorio de dicho Estado miembro, incluyendo también a las que se desplazan regularmente a dicho Estado por motivos profesionales o personales.

«El Sr. Gottwald es un nacional alemán con domicilio en Hamburgo (Alemania), que sufre una paraplejía total con pérdida de todas las funciones por debajo de la cuarta vértebra. Por este motivo, dispone en Alemania de una tarjeta de discapacidad.

El 26 de agosto de 2006, el Sr. Gottwald conducía su vehículo por la red de carreteras austriaca sujeta a peaje, a fin de dirigirse a su lugar de vacaciones en Austria. Con ocasión de un control de carreteras, se constató que no había abonado previamente el peaje temporal mediante la adquisición de una viñeta que ha de fijarse en el vehículo.

En consecuencia, la Bezirkshauptmannschaft Bregenz le impuso una multa de 200 euros mediante resolución de 4 de diciembre de 2006, contra la cual el Sr. Gottwald interpuso un recurso ante el Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg.

En dicho recurso, el Sr. Gottwald alegó, en particular, que, dado que sufre una paraplejía por la cual dispone de una tarjeta alemana de discapacidad,

tenía derecho a que se le concediera en Austria una viñeta gratuita, con arreglo al artículo 13, apartado 2, de la BStMG 2002, en las mismas condiciones que las personas discapacitadas que tienen su domicilio o residencia habitual en Austria.

En estas circunstancias, y toda vez que albergaba dudas sobre la legalidad de los requisitos de concesión de dicha viñeta respecto del Derecho comunitario, el Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Debe interpretarse el artículo 12 de la CE en el sentido de que se opone a la aplicación de una disposición nacional que prevé que la concesión gratuita de la viñeta anual de un vehículo de motor para utilizar carreteras nacionales de peaje se limite a las personas con una discapacidad determinada y que tengan su domicilio o residencia habitual en el territorio nacional?”.

(...).

Ahora bien, en el caso de autos, aunque el Sr. Gottwald no haya formulado ninguna solicitud de concesión de una viñeta gratuita, con arreglo al artículo 13, apartado 2, de la BStMG 2002, no se puede descartar que la respuesta del Tribunal de Justicia pueda tener una incidencia real en el resultado del procedimiento principal.

En efecto, se desprende de la información proporcionada por el Gobierno austriaco en la vista que el órgano jurisdiccional remitente tiene competencia para reducir la multa, si éste declara que el demandante en el litigio principal tenía derecho a dicha viñeta gratuita en virtud del derecho a no ser objeto de discriminación por razón de su nacionalidad, consagrado en el artículo 12 de la CE.

De este modo, una posible decisión del Tribunal de Justicia que declare que dicha disposición del

Régimen comunitario

Tratado CE se opone a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal puede en particular constituir una circunstancia atenuante que permita al juez nacional reducir la sanción impuesta al Sr. Gottwald.

Por consiguiente, es obligado declarar que la cuestión prejudicial no carece manifestamente de pertinencia, habida cuenta de la resolución que ha de dictar el órgano jurisdiccional remitente.

En consecuencia, procede declarar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial.

(...).

A este respecto, procede declarar que tanto la promoción de la movilidad y la integración de las personas discapacitadas como la voluntad de garantizar la existencia de un determinado vínculo entre la sociedad del Estado miembro de que se trata y el beneficiario de una prestación como la controvertida en el litigio principal pueden constituir consideraciones objetivas de interés general que pueden justificar que los requisitos de concesión o de pago de dicha prestación puedan afectar a la libertad de circulación de los ciudadanos de ese Estado miembro (...).

No obstante, es necesario que también se cumpla el requisito de proporcionalidad que se ha recordado en el apartado 30 de la presente sentencia. Según reiterada jurisprudencia, una medida es proporcionada cuando, siendo idónea para la consecución del objetivo perseguido, no va más allá de lo que resulta necesario para alcanzarlo.

(...).

De este modo, la jurisprudencia ha admitido, en determinadas circunstancias, que las normativas nacionales pueden exigir, para acreditar la existencia de un cierto grado de integración, que el beneficiario de la prestación en cuestión haya estado domi-

ciliado o haya residido durante un cierto período en el Estado en cuestión (...).

(...).

Además, procede señalar que, en el caso de autos, la normativa nacional controvertida en el litigio principal no somete la concesión de la viñeta de peaje gratuita a ningún requisito suplementario vinculado a un período mínimo durante el cual la persona en cuestión deba fijar su domicilio o residencia habitual en Austria.

Las consideraciones expuestas en los apartados preferentes en cuanto a la proporcionalidad de los requisitos de domicilio y de residencia habitual en relación con los objetivos perseguidos por la normativa nacional controvertida en el litigio principal son válidas, máxime si se considera que, como explicó el Gobierno austriaco en la vista sin que le haya contradicho en este punto el resto de interesados que formularon observaciones al Tribunal de Justicia, dichos requisitos se interpretan en sentido amplio, de modo que otros factores de vinculación permiten establecer un vínculo suficiente con la sociedad austriaca a fines de la concesión de la viñeta gratuita.

En particular, como ha precisado dicho Gobierno en la vista, una persona discapacitada que, aunque no haya establecido su domicilio o su residencia habitual en Austria, se desplace regularmente a dicho país por motivos profesionales o personales también tiene derecho a la viñeta de peaje a título gratuito.

En estas circunstancias, es preciso señalar que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no va más allá de lo necesario para cumplir los objetivos que persigue.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

Régimen comunitario

El artículo 12 de la CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que limita la concesión a título gratuito de una viñeta de peaje anual a las personas discapacitadas que tengan su domicilio o residencia habitual en el territorio de dicho Estado miembro, incluyendo también a las que se desplazan regularmente a dicho Estado por motivos profesionales o personales».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 1 de octubre de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-3/08.

Ponente: Sr. Lapuerta.

Voz: Seguridad social: prestaciones de invalidez. Perjuicio para trabajadores migrantes: cotizaciones a fondo perdido.

Resumen: El Tribunal declara que el artículo 39 de la CE se opone a que las autoridades de un Estado miembro apliquen una legislación nacional que supedita el derecho a percibir las prestaciones de invalidez al transcurso de un período de un año de incapacidad primaria, cuando tal aplicación tiene como consecuencia que un trabajador migrante ha pasado al régimen de seguridad social de dicho Estado miembro cotizaciones a fondo perdido, resultando con ello perjudicado en comparación con un trabajador sedentario.

«La Sra. Leyman trabajó por cuenta ajena en Bélgica de 1971 a 2003. Reside en Luxemburgo desde 1999 y está sujeta al régimen luxemburgués de seguridad social desde agosto de 2003.

El 8 de julio de 2005, las autoridades luxemburguesas competentes reconocieron a la Sra. Leyman una incapacidad laboral por el período entre el 8 de julio de 2005 y el 29 de febrero de 2012, fecha en que se jubilará. Como consecuencia de ello se le concedió una pensión de invalidez por los períodos de seguro cubiertos en Luxemburgo. El importe mensual

de la pensión abonada por la institución luxemburguesa a la Sra. Leyman asciende a 322,83 euros.

En respuesta a la solicitud de pensión de invalidez presentada por la Sra. Leyman por los períodos de seguro cubiertos en Bélgica, el INAMI, mediante resolución de 23 de junio de 2006, le concedió una pensión de un importe mensual de 737,10 euros a partir del 8 de julio de 2006, de conformidad, según dicho instituto, con los artículos 40, apartado 3, letra b), del Reglamento núm. 1408/1971 y 93 de la Ley de 1994.

La Sra. Leyman recurrió esa resolución del INAMI ante el órgano jurisdiccional remitente, solicitando que la pensión de invalidez que se le había concedido se le abonase desde el 8 de julio de 2005.

En este contexto, el tribunal *du travail* de Nivelles decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Son el artículo 40, apartado 3, letra b), del Reglamento núm. 1408/1971 y el artículo 93 [de la Ley de 1994] contrarios al artículo 18 de la CE en la medida en que, en el supuesto de un trabajador que reside y trabaja en un país de tipo A (en el caso de autos, el Reino de Bélgica) y se instala en un país de tipo B (en el caso de autos, el Gran Ducado de Luxemburgo), no permiten que, durante el primer año de incapacidad laboral, se le conceda una pensión que tome en consideración el período de actividad y cotización en el país de tipo A (Bélgica)?

2) ¿Son el artículo 40, apartado 3, letra b), del Reglamento núm. 1408/1971 y el artículo 93 (de la Ley de 1994) contrarios al artículo 18 del Tratado CE en la medida en que, en el supuesto de un trabajador que reside y trabaja en un país de tipo A (en el caso de autos, el Reino de Bélgica) y se instala en un país de tipo B (en el caso de autos, el Gran Ducado de Luxemburgo), dan lugar a una discriminación en perjuicio del trabajador que ejercita su derecho de li-

Régimen comunitario

bre circulación al no permitir que, durante el primer año de incapacidad laboral, se le conceda una pensión que tome en consideración el período de actividad y cotización en el país de tipo A (Bélgica)?”

(...).

A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el Tratado CE no garantiza a un trabajador que la extensión de sus actividades a más de un Estado miembro o su traslado a otro Estado miembro sean neutros en materia de seguridad social. Habida cuenta de las disparidades de las legislaciones de seguridad social de los Estados miembros, tal extensión o tal traslado pueden, según los casos, ser más o menos ventajosos o desventajosos para el trabajador en el ámbito de la protección social. De lo anterior se deriva que, aun en el caso en que su aplicación resulte menos favorable, dicha legislación no es contraria a las disposiciones de los artículos 39 de la CE y 43 de la CE si no perjudica a dicho trabajador con relación a quienes ejercen todas sus actividades en el Estado miembro en el que aquélla se aplica o con relación a quienes ya estaban sujetos a la misma anteriormente y si no conduce pura y simplemente a un abono de cotizaciones sociales a fondo perdido (...).

Procede señalar que, en una situación como la del litigio principal, la aplicación de los artículos 87 y 93 de la Ley de 1994 propugnada por las autoridades belgas competentes, que da lugar a que se prive de toda prestación durante el primer año de incapacidad al trabajador que ha ejercido su derecho de libre circulación, es contraria al Derecho comunitario, ya que, por una parte, perjudica a dicho trabajador en comparación con otros que se encuentran en la misma situación de incapacidad definitiva pero que no han ejercitado tal libertad y, por otra parte, da lugar al pago de cotizaciones sociales a fondo perdido.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El artículo 39 de la CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que las autoridades competentes de un Estado miembro apliquen una legislación nacional que, de conformidad con el artículo 40, apartado 3, letra b), del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/1997 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, supedita el derecho a percibir las prestaciones de invalidez al transcurso de un período de un año de incapacidad primaria, cuando tal aplicación tiene como consecuencia que un trabajador migrante ha pagado al régimen de seguridad social de dicho Estado miembro cotizaciones a fondo perdido, resultando con ello perjudicado en comparación con un trabajador sedentario».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 6 de octubre de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-123/08.

Ponente: Sr. Bay Larsen.

Voz: Orden de detención europea: no ejecución condicionada a residencia previa de 5 años.

Resumen: El Tribunal declara que la Decisión marco 2002/584/JAI, relativa a la orden de detención europea, debe interpretarse en el sentido de que, cuando se trata de un ciudadano de la Unión, el Estado miembro de ejecución no puede, además de establecer un requisito relativo a la duración de la residencia, supeditar la aplicación del motivo de no ejecución a otros requisitos adicionales de carácter administrativo, como disponer de un permiso de residencia por tiempo indefinido.

Régimen comunitario

«Mediante sentencias dictadas en 2002, dos órganos jurisdiccionales alemanes impusieron al Sr. Wolzenburg dos penas privativas de libertad, con suspensión condicional de la ejecución, por la comisión, durante el año 2001, de varios delitos, y en particular por haber introducido marihuana en Alemania.

Mediante la Sentencia de 27 de marzo de 2003 de acumulación de penas (“Gesamtstrafenbeschluss”), el Amtsgericht Aachen (Alemania) transformó estas dos penas, en una pena privativa de libertad, con suspensión condicional de la ejecución, de un año y 9 meses.

El Sr. Wolzenburg entró en los Países Bajos a principios del mes de junio del año 2005. Reside en este país en un apartamento situado en Venlo, en virtud de un contrato de alquiler celebrado a su nombre y al de su esposa.

Mediante Sentencia dictada el 5 de julio de 2005, el Amtsgericht Plettenberg (Alemania) revocó la suspensión condicional de la ejecución de la pena combinada concedida en 2003 porque el Sr. Wolzenburg había incumplido las condiciones que se le habían impuesto para disfrutar de tal suspensión.

El 13 de julio de 2006, la autoridad judicial emisora alemana dictó una orden de detención europea contra el Sr. Wolzenburg.

El 17 de julio de 2006, la citada autoridad introdujo una descripción del Sr. Wolzenburg en el sistema de información de Schengen (SIS) a efectos de la ejecución de su pena privativa de libertad que había devenido firme.

El 1 de agosto de 2006, el Sr. Wolzenburg fue arrestado y se le mantuvo detenido provisionalmente en los Países Bajos sobre la base de dicha descripción.

El 3 de agosto de 2006, la autoridad judicial emisora alemana envió a la autoridad judicial de ejecución

neerlandesa la orden de detención europea, dictada el 13 de julio de 2006, solicitando la entrega del Sr. Wolzenburg a efectos de la ejecución de la citada pena.

El 20 de septiembre de 2006, el Sr. Wolzenburg se presentó en el Servicio de Inmigración y Naturalización neerlandés para inscribirse como ciudadano de la Unión en los Países Bajos.

Antes de dedicarse, a partir del mes de septiembre de 2008, a un proyecto de aprendizaje, el Sr. Wolzenburg trabajó por cuenta ajena en los Países Bajos a partir del último trimestre del año 2005.

De los autos remitidos al Tribunal de Justicia resulta que el Sr. Wolzenburg no dio su consentimiento a su entrega por la autoridad judicial de ejecución neerlandesa a la autoridad judicial emisora alemana según el procedimiento abreviado previsto por la OLW.

El órgano jurisdiccional remitente indica que los hechos que han dado lugar a que se dicte una orden de detención europea contra el Sr. Wolzenburg son punibles en Derecho neerlandés y que éste no puede perder su derecho de residencia en los Países Bajos como consecuencia de las infracciones por las que ha sido condenado en Alemania.

Asimismo, el citado órgano jurisdiccional observa que el Sr. Wolzenburg no reúne los requisitos exigidos para obtener un permiso de residencia por tiempo indefinido en territorio neerlandés, ya que todavía no ha permanecido de manera interrumpida durante 5 años en los Países Bajos, pero que los ciudadanos de la Unión que residen legalmente en un Estado miembro con arreglo al Derecho comunitario no siempre solicitan tal permiso.

En estas circunstancias el Rechtbank Amsterdam decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

Régimen comunitario

“1) ¿Deben incluirse entre las personas que habitan o residen en el Estado miembro de ejecución, a las que se refiere el artículo 4, apartado 6, de la Decisión marco [2002/584], las personas que no posean la nacionalidad del Estado miembro de ejecución, sino la nacionalidad de otro Estado miembro, y que, al amparo del artículo 18 de la CE, apartado 1, residan legalmente en el Estado miembro de ejecución, independientemente de la duración de esa residencia legal?

2) a) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿deben interpretarse los conceptos indicados en dicha cuestión en el sentido de que se refieren a las personas que no tengan la nacionalidad del Estado miembro de ejecución, sino la nacionalidad de otro Estado miembro, y que antes de su detención con arreglo a una orden de detención europea hayan residido legalmente en el Estado miembro de ejecución por lo menos durante un determinado período, al amparo del artículo 18 de la CE, apartado 1?

b) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 2, letra a), ¿qué requisitos pueden exigirse en relación con la duración de la residencia legal?

3) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 2, letra a): ¿puede establecer el Estado miembro de ejecución, además de un requisito relativo a la duración de la residencia legal, otros requisitos adicionales de carácter administrativo, como disponer de un permiso de residencia por tiempo indefinido?

4) ¿Está comprendida en el ámbito material de aplicación del Tratado CE una norma nacional que establece los requisitos con arreglo a los cuales la autoridad judicial de ejecución deniega la ejecución de una orden de detención europea para la ejecución de una pena privativa de libertad?

5) Teniendo en cuenta que

– el artículo 6, apartados 2 y 5, de la OLV contiene reglas que tratan de modo idéntico a los nacionales neerlandeses y a las personas que no tienen la nacionalidad neerlandesa pero que son titulares de un permiso neerlandés de residencia por tiempo indefinido,

y que,

– para este grupo de personas dichas reglas conducen a que debe denegarse la entrega, si la orden de detención europea tiene por objeto la ejecución de una pena privativa de libertad firme,

¿constituyen las disposiciones del artículo 6, apartados 2 y 5, de la OLV una discriminación prohibida por el artículo 12 de la CE, dado que la aplicación de idéntico trato no se extiende a los nacionales de otros Estados miembros cuyo derecho de residencia se base en el artículo 18 de la CE, apartado 1, y que no perderían su derecho de residencia como consecuencia de la pena privativa de libertad firme que se les haya impuesto, pero que no dispongan de un permiso neerlandés de residencia por tiempo indefinido?”.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) Un nacional de un Estado miembro que reside legalmente en otro Estado miembro tiene derecho a invocar el artículo 12 de la CE, párrafo primero, frente a una legislación nacional, como la Ley sobre la entrega de personas (Overleveringswet), que establece las condiciones en las que la autoridad judicial competente puede negarse a ejecutar una orden de detención europea dictada a efectos de la ejecución de una pena privativa de libertad.

2) El artículo 4, apartado 6, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los pro-

Régimen comunitario

cedimientos de entrega entre Estados miembros, debe interpretarse en el sentido de que, cuando se trata de un ciudadano de la Unión, el Estado miembro de ejecución no puede, además de establecer un requisito relativo a la duración de la residencia, supeditar la aplicación del motivo de no ejecución facultativa de una orden de detención europea prevista en dicha disposición a otros requisitos adicionales de carácter administrativo, como disponer de un permiso de residencia por tiempo indefinido.

3) El artículo 12 de la CE, párrafo primero, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la legislación del Estado miembro de ejecución con arreglo a la cual la autoridad judicial competente de dicho Estado se niega a ejecutar una orden de detención europea dictada contra uno de sus nacionales para que se ejecute una pena privativa de libertad, mientras que tal negativa, cuando se trata de un nacional de otro Estado miembro que tiene un derecho de residencia basado en el artículo 18 de la CE, apartado 1, está supeditada al requisito de que el nacional del otro Estado miembro haya residido legalmente durante un período continuado de 5 años en el territorio del citado Estado miembro de ejecución».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 22 de octubre de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-261/08 y 348/08.

Ponente: Sr. Lohmus.

Voz: Convenio Schengen: nacionales de terceros países en situación irregular. Multa o expulsión.

Resumen: El Tribunal señala que el Convenio Schengen debe interpretarse en el sentido de que, cuando un nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro porque no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia aplicables en él, dicho Estado miembro no está obligado a adoptar contra él una resolución de expulsión.

«En el asunto C-261/08, el 26 de septiembre de 2006 las autoridades competentes incoaron un procedimiento administrativo por infracción del artículo 53, letra a), de la Ley de extranjería contra la Sra. Zurita García, nacional boliviana que se encontraba en situación irregular en España bien por no haber obtenido la prórroga de estancia la autorización de residencia, o bien por tenerla caducada durante más de 3 meses sin haber solicitado su renovación.

Dicho procedimiento llevó a que el Delegado del Gobierno adoptase, el 15 de noviembre de 2006, una resolución de expulsión de la interesada del territorio español. Tal sanción fue acompañada de la prohibición de entrada en el espacio Schengen durante 5 años.

La Sra. Zurita García impugnó dicha resolución ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Murcia, que desestimó el recurso en primera instancia. En apelación, la interesada alegó que la referida resolución debía anularse, ya que la administración no había aplicado correctamente el principio de proporcionalidad en su apreciación de las circunstancias del litigio, que en modo alguno justificaban la sustitución de la multa por la expulsión.

En el asunto C-348/08, mediante resolución de 30 de julio de 2007 el Delegado del Gobierno ordenó la expulsión del territorio español del Sr. Choque Cabrera, nacional boliviano que se encontraba en situación irregular en España, en el sentido del artículo 53, letra a), de la Ley de extranjería, bien por no haber obtenido la prórroga de estancia la autorización de residencia, o bien por tenerla caducada durante más de 3 meses sin haber solicitado su renovación. Tal sanción fue acompañada de la prohibición de entrada en el espacio Schengen durante 5 años.

El Sr. Choque Cabrera impugnó dicha resolución ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo

Régimen comunitario

núm. 4 de Murcia, que desestimó el recurso en primera instancia. En apelación, el interesado alegó que la referida resolución debía anularse, ya que las autoridades, en su apreciación de las circunstancias del litigio, no habían aplicado el principio de proporcionalidad ni motivado la sustitución de la multa por la expulsión.

En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia decidió suspender los dos procedimientos de que conocía y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente, formulada en términos idénticos en ambos litigios:

“De acuerdo con el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, en especial su artículo 62.1 y 2.a), así como el Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), en particular sus artículos 5, 11 y 13:

¿Deben interpretarse las anteriores normas en el sentido de que se oponen a una regulación, como la nacional y la jurisprudencia que la interpreta, que posibilita la sustitución de la expulsión, de todo aquel ‘nacional de un tercer país’ que no disponga de título habilitante para la entrada y permanencia en el territorio de la Unión Europea, por la imposición de una multa?”.

Mediante auto del Presidente de la Sala Tercera, de 27 de marzo de 2009, se acumularon los asuntos C-261/08 y C-348/08 a efectos de la fase oral y de la sentencia.

(...).

El Gobierno español plantea la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial en el asunto C-261/08, por ser meramente hipotética.

El Gobierno español sostiene que el principio de no retroactividad de la ley penal se opone *ratione temporis* a la aplicación de la obligación prevista, en su caso, en el artículo 11, apartado 3, del Reglamento núm. 562/2006 de sancionar con la expulsión los hechos del litigio principal, pues dicho Reglamento no entró en vigor hasta el 13 de octubre de 2006, mientras que la situación irregular de la recurrente en el litigio principal ya se había denunciado el 26 de septiembre de 2006.

Según el Gobierno español, dado que en el litigio principal se examina un expediente sancionador, que se rige por los mismos derechos y principios consagrados en el procedimiento penal, en particular los principios de legalidad y de tipicidad, las normas jurídicas aplicables deberían ser las vigentes en el momento de producirse los hechos denunciados y no las vigentes en la fecha en que las autoridades nacionales dictaron la resolución de expulsión, es decir, el 15 de noviembre de 2006, postura que parece sostener el órgano jurisdiccional remitente.

(...).

En el caso de autos, es preciso señalar que, en la fecha en que fue denunciada la situación irregular en el territorio español de la recurrente en el litigio principal en el asunto C-261/08, es decir, el 26 de septiembre de 2006, el Reglamento núm. 562/2006 no había entrado aún en vigor, de manera que puede plantearse la cuestión de la necesidad de interpretar dicho Reglamento respecto de los hechos que dieron lugar a ese asunto.

Si el criterio determinante de la ley aplicable *ratione temporis* en el asunto C-261/08 fuera la fecha en que se produjeron los hechos, sería aplicable el artículo 6 ter del CAAS, y no el artículo 11, apartado 3, del Reglamento núm. 562/2006. En efecto, el artículo 6 ter del CAAS se encuentra entre los derogados desde el 13 de octubre de 2006, en virtud del artículo 39 del Reglamento núm. 562/2006.

Régimen comunitario

En todo caso, como ha señalado la Abogado General en el punto 27 de sus conclusiones, el artículo 11, apartado 3, del Reglamento núm. 562/2006 se limita a reproducir el tenor del artículo 6 ter, apartado 3, del CAAS, que estaba en vigor cuando se denunció la situación irregular en el territorio español de la recurrente en el litigio principal.

Además, es preciso señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha planteado al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial con idéntica formulación en el litigio que dio lugar al asunto acumulado C-348/08, cuyos hechos se produjeron cuando dicho Reglamento ya estaba en vigor.

Por tanto, procede declarar admisible la cuestión prejudicial planteada en ambos asuntos acumulados.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

Los artículos 6 ter y 23 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado el 19 de junio de 1990 en Schengen, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 2133/2004 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre la obligación, para las autoridades competentes de los Estados miembros, de proceder al sellado sistemático de los documentos de viaje de los nacionales de terceros países en el momento de cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, y por el que se modifican a tal efecto las disposiciones del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Manual común, así como el artículo 11 del Reglamento (CE) núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de

normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), deben interpretarse en el sentido de que, cuando un nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro porque no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia aplicables en él, dicho Estado miembro no está obligado a adoptar contra él una resolución de expulsión».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 29 de octubre de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-63/08.

Ponente: Sr. Caoimh.

Voz: Política social: prohibición de despido desde embarazo hasta el final del permiso de maternidad.

Resumen: Igualdad de trato entre hombres y mujeres: trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o permiso de maternidad. Directiva 92/85/CEE: prohibición de despido desde el comienzo del embarazo hasta el final del permiso de maternidad. Restricción de las vías de recurso abiertas a las mujeres despedidas durante su embarazo.

«A partir de noviembre de 2005, la Sra. Pontin pasó a formar parte de la plantilla de T-Comalux con un contrato por tiempo indefinido y a tiempo completo.

Mediante carta certificada de 18 de enero de 2007, recibida por la Sra. Pontin el 22 de enero de ese mismo año, ésta fue despedida con un plazo de preaviso que comenzaba el 31 de enero y finalizaba el 30 de marzo de 2007. De la resolución del órgano jurisdiccional remitente no se desprende cuál fue el motivo de dicho despido con preaviso.

Ante el órgano jurisdiccional remitente, la Sra. Pontin ha sostenido que, el 19 de enero de 2007, envió a T-Comalux un parte de baja laboral por correo ordinario. Dicha sociedad ha negado ante el referi-

Régimen comunitario

do órgano jurisdiccional haber recibido tal parte de baja.

El 24 de enero de 2007, la Sra. Pontin envió a T-Comalux un correo electrónico en el que le comunicaba que su “estado de salud no [había] mejorado mucho”, que no podría volver a la oficina el día siguiente y que remitiría tan pronto como le fuera posible un parte de baja laboral.

Mediante carta certificada fechada el 25 de enero de 2007, T-Comalux comunicó a la Sra. Pontin que estaba despedida con efecto inmediato “por falta grave” debido a una “ausencia injustificada durante más de 3 días”.

Mediante carta certificada de 26 de enero de 2007, recibida por T-Comalux el 30 de enero del mismo año, la Sra. Pontin comunicó que estaba embarazada. Alegaba que, debido a esa circunstancia, el despido que T-Comalux le había notificado era nulo.

Ante la falta de respuesta de T-Comalux a esa última carta, el 5 de febrero de 2007, la Sra. Pontin presentó ante el órgano jurisdiccional remitente una demanda en la que solicitaba la declaración de nulidad de su despido.

Mediante sentencia pronunciada el 30 de marzo de 2007, el antedicho órgano jurisdiccional, con una formación diferente de aquella de la que procede la presente petición de decisión prejudicial, se declaró incompetente para conocer de la pretensión de la Sra. Pontin de que se declarase nulo su despido de 18 de enero de 2007. En efecto, según dicha formación, el artículo L. 337-1 del Code du Travail otorga al presidente de la jurisdicción laboral, es decir, del tribunal *du travail*, una competencia especial de carácter protector para anular de urgencia el despido producido cuando la trabajadora está embarazada, de modo que la Sra. Pontin hubiera debido presentar la demanda de anulación de su despido ante el presidente de dicho órgano jurisdiccional. De los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende

que la Sra. Pontin, la cual, al parecer, en aquel momento, no estaba representada por ningún abogado, había dirigido su escrito de demanda, en forma de carta, al “Tribunal du travail – A la atención del Señor Presidente y de sus Asesores”, y había comenzado sus observaciones escritas con la fórmula de cortesía “Señor Presidente”.

La Sra. Pontin no interpuso ningún recurso contra la referida sentencia. En la vista oral ante el Tribunal de Justicia, indicó a este respecto que había preferido evitar tanto el riesgo inherente a un recurso de ese tipo como dejar expirar el plazo de 3 meses previsto para que el trabajador ejerza la acción jurisdiccional indemnizatoria contra su despido abusivo prevista en el artículo L. 124-11, apartados 1 y 2, del Code du Travail (en lo sucesivo, “acción indemnizatoria”).

Con una nueva demanda de 18 de abril de 2007, la Sra. Pontin solicitó al órgano jurisdiccional remitente que condenase a T-Comalux a abonarle una indemnización de daños y perjuicios. En apoyo de su demanda alega, en particular, que tanto su despido con preaviso de 18 de enero de 2007 como su despido posterior con efecto inmediato son contrarios a la ley y, por tanto, abusivos, en virtud del antedicho artículo L. 124-11.

T-Comalux considera que el Derecho común luxemburgués relativo a la acción indemnizatoria no es de aplicación a la trabajadora embarazada que, con arreglo al artículo L. 337-1 del Code du Travail, no puede optar entre una acción de nulidad y readmisión prevista en dicha disposición (en lo sucesivo, “acción de nulidad y readmisión”) y la acción indemnizatoria, sino que debe, obligatoriamente, enviar a su empresario un certificado médico que pruebe su embarazo en el plazo de 8 días desde la notificación de su despido, tal como se prevé, en el apartado 1, párrafo segundo, del artículo referido (en lo sucesivo, “plazo de 8 días”), y ejercitar la acción de nulidad y readmisión ante el presidente del tribunal *du travail* en los 15 días siguientes a la

Régimen comunitario

resolución del contrato, plazo que se establece en el párrafo cuarto del mismo apartado 1 (en lo sucesivo, “plazo de 15 días”).

Según el órgano jurisdiccional remitente, de la normativa luxemburguesa pertinente en el caso de autos puede deducirse que la trabajadora embarazada, que por cualquier razón, incluso con independencia de su voluntad, ha dejado transcurrir los plazos de 8 y 15 días, no dispone de ninguna acción legal para impugnar su despido, de modo que, una vez agotados esos plazos, el despido de la trabajadora embarazada no es ni nulo ni abusivo, sino perfectamente legal. La resolución de remisión también hace referencia a una jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales luxemburgueses según la cual el plazo para ejercitar la acción de nulidad comienza a contar desde que se deposita el escrito en correos, y no desde la recepción de dicho escrito.

En estas circunstancias, al planteársele dudas acerca de la conformidad de la normativa nacional referida con el Derecho comunitario y, en particular, con las Directivas 92/85 y 76/207, el Tribunal du Travail de Esch-sur-Alzette decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Deben interpretarse los artículos 10 y 12 de la Directiva [92/85] en el sentido de que no se oponen a que el legislador nacional someta la interposición de un recurso por la trabajadora embarazada despedida durante su embarazo a plazos perentorios como el de 8 días establecido por el artículo L 337-1, apartado 1, párrafo segundo, del *Code du Travail* o el de 15 días establecido por el párrafo cuarto de dicho apartado?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera pregunta, ¿ha de considerarse que los plazos de 8 y 15 días respectivamente son demasiado breves para permitir a la trabajadora embarazada despedida durante su embarazo reivindicar sus derechos en vía judicial?

3) ¿Debe interpretarse el artículo 2 de la [Directiva 76/207] en el sentido de que no se opone a que el legislador nacional prive a la trabajadora despedida durante el embarazo del recurso por indemnización por despido abusivo, que el artículo L. 124-11, apartados 1 y 2, reserva a los demás trabajadores despedidos?”.

(...).

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) Los artículos 10 y 12 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro que prevea una vía de recurso específica en relación con la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, establecida en el antedicho artículo 10, y que se ejercite conforme a una regulación procesal específica para dicho recurso, siempre y cuando esa regulación no resulte menos favorable que las correspondientes a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no esté articulada de tal manera que haga imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). No parece que un plazo de caducidad de 15 días, como el establecido en el artículo L. 337-1, apartado 1, párrafo cuarto, del *Code du Travail* luxemburgués, permita cumplir ese requisito, lo cual corresponde, no obstante, al órgano jurisdiccional remitente verificar.

2) El artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la for-

Régimen comunitario

mación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, en relación con el artículo 3 de dicha Directiva 76/207 modificada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la establecida por el artículo L. 337-1 del *Code de Travail* luxemburgués, específicamente adoptada para la protección prevista en el artículo 10 de la Directiva 92/85 en caso de despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, que prive a la trabajadora embarazada que haya sido despedida durante su embarazo de una acción jurisdiccional indemnizatoria, cuando dicha acción sí que puede ser ejercitada por cualquier otro trabajador despedido, si dicha limitación de las vías de recurso constituye un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo. En particular, éste será el caso, si la regulación procesal correspondiente a la única acción disponible en caso de despido de las antedichas trabajadoras no respeta el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el Derecho comunitario, lo cual corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 26 de noviembre de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-363/08.

Ponente: Sr. Schiemann.

Voz: Divorcio: prestaciones familiares. Residencia en Estados distintos.

Resumen: El Tribunal señala que una persona divorciada, a quien abonaba las prestaciones familiares la institución competente del Estado miembro en el que dicha persona residía y en el que su anterior esposo sigue viviendo y trabajando, conserva, respecto a su hijo, el derecho a esas prestaciones, aun cuando abandone el referido Estado para establecerse con su hijo en otro Estado miembro en el que

no trabaja y aun cuando ese anterior esposo pueda percibir dichas prestaciones en su Estado miembro de residencia.

«De la resolución de remisión resulta que la Sra. Slanina es madre de una niña, Nina, nacida en 1991. Cuando comenzaron a pagarse las prestaciones familiares a la Sra. Slanina se cumplían los requisitos para su concesión.

A partir del verano de 1997 la Sra. Slanina se instaló en Grecia, país en el que Nina está escolarizada desde otoño del mismo año. El padre de la niña, anteriormente esposo de la Sra. Slanina y nacional austriaco, reside en Austria, donde ejerce una actividad profesional. La demandante en el litigio principal ejerce la patria potestad de su hija con carácter exclusivo. El padre de la niña está obligado al pago de una pensión alimenticia pero no la satisface.

Durante el período que va del 1 de enero de 1998 al 31 de octubre de 2003, la Sra. Slanina disfrutó en Austria de prestaciones familiares y de créditos fiscales por su hija Nina, de un importe total de 10.884,95 euros, a saber, 7.824,79 euros en concepto de prestaciones familiares, y 3.060,16 euros como crédito fiscal. Mediante resolución del Finanzamt (Administración de Hacienda) de Mödling (Austria) de 22 de octubre de 2003, le fueron reclamados dichos importes debido a que la citada señora residía con su hija en Grecia de forma permanente desde 1997. El Finanzamt consideró en efecto que no se cumplía uno de los requisitos para la concesión de las prestaciones familiares en virtud del artículo 2, apartado 8, de la FLAG, a saber, el relacionado con la fijación del centro de intereses y de la residencia permanente del hijo en Austria.

Antes del año 2001 la Sra Slanina no ejercía ninguna actividad profesional ni tampoco estaba inscrita como demandante de empleo en Grecia. Atendía a sus necesidades gracias a la ayuda de sus padres y a sus ahorros. Desde 2001, del mes de mayo al de octubre de cada año ejerce una actividad estacional de guía turístico en una empresa griega.

Régimen comunitario

El recurso interpuesto por la Sra. Slanina contra la resolución del Finanzamt de Mödling de 22 de octubre de 2003 fue desestimado, en primer lugar, por una resolución preliminar del mismo Finanzamt de 9 de diciembre de 2004, y después por una resolución del Unabhängiger Finanzsenat, Außenstelle Wien, de 30 de junio de 2005. La demandante en el litigio principal interpuso, a continuación, un recurso ante el tribunal remitente. Alegó en sustancia que, si en virtud de la legislación austriaca no tenía derecho a prestaciones familiares, procedía la aplicación del Reglamento núm. 1408/1971. Dado que el padre de Nina, su anterior esposo, residía y trabajaba en Austria, la Sra. Slanina alegaba que tenía derecho en virtud del artículo 73 del mismo Reglamento a prestaciones familiares no obstante el hecho de residir en Grecia.

En esas circunstancias el Verwaltungsgerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Resulta del Reglamento núm. 1408/1971 (...) que la esposa, sin actividad profesional, divorciada de un hombre domiciliado en Austria y que es trabajador por cuenta ajena en este último país, conserva su derecho a prestaciones familiares (por un hijo) en relación con Austria, cuando dicha persona establece un domicilio en otro Estado miembro y transfiere a éste el centro de sus intereses, y cuando sigue sin ejercer una actividad profesional en ese último país?

2) ¿Tiene incidencia en la respuesta a la primera cuestión el hecho de que Austria, donde el esposo divorciado ha permanecido, tiene su único domicilio y ejerce su actividad profesional, conceda a este último, conforme a determinados requisitos, derecho a prestaciones familiares (por el hijo), cuando ya no existe derecho de la esposa divorciada?

3) ¿Resulta del Reglamento núm. 1408/1971 un derecho de la esposa divorciada a prestaciones familia-

res (por el hijo) en relación con Austria, donde el esposo divorciado y padre del menor está domiciliado y ejerce su actividad profesional, cuando respecto a las circunstancias descritas en la primera cuestión se produce un cambio, derivado del hecho de que la esposa ha comenzado el ejercicio de una actividad profesional en el nuevo Estado miembro?”.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

1) El artículo 73 del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, debe interpretarse en el sentido de que una persona divorciada, a quien abonaba las prestaciones familiares la institución competente del Estado miembro en el que dicha persona residía y en el que su anterior esposo sigue viviendo y trabajando, conserva respecto a su hijo, siempre que este último sea reconocido como “miembro de la familia” de ese anterior esposo, en el sentido del artículo 1, letra f), inciso i), de dicho Reglamento, el derecho a esas prestaciones, aun cuando abandone el referido Estado para establecerse con su hijo en otro Estado miembro en el que no trabaja y aun cuando ese anterior esposo pueda percibir dichas prestaciones en su Estado miembro de residencia.

2) El ejercicio, por una persona que se encuentre en una situación como la de la demandante en el litigio principal, de una actividad profesional en el Estado miembro de su residencia que atribuya efectivamente derecho a prestaciones familiares tiene el efecto de suspender, en aplicación del artículo 76 del Reglamento núm. 1408/1971, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento núm.

118/1997, el derecho a las prestaciones familiares debidas en virtud de la normativa del Estado miembro en cuyo territorio ejerce una actividad profesional el anterior esposo de dicha persona, hasta el importe previsto por la legislación del Estado miembro de residencia de esa última persona».

CONSTITUCIONAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional.

Fecha: 20 de abril de 2009.

Recurso de Amparo: 229/2007.

Ponente: Don Guillermo Jiménez Sánchez.

Voz: Denegación de la tarjeta de residencia: principio de igualdad.

Resumen: Se inadmite la demanda de amparo. Se deniega a las recurrentes la expedición de la tarjeta de residencia comunitaria al no estar inscrito en el Registro Civil el matrimonio con un ciudadano español.

«(...) las recurrentes han acudido al Tribunal Constitucional solicitando la reparación de las lesiones sufridas y la anulación de las resoluciones judiciales y administrativas por las que se les había denegado la tarjeta de residencia comunitaria. En la vía judicial alegaron la vulneración de los artículos 14 y 22 de la CE que imputaban a la actuación administrativa, añadiendo en su recurso de amparo la denuncia de la lesión del artículo 24 de la CE ocasionada, en su opinión, por los órganos judiciales.

(...).

Del examen de las actuaciones obrantes en este proceso se desprende que, con anterioridad a la interposición del presente recurso de amparo, las demandantes ya habían obtenido la reparación de las lesiones que han venido a reclamar ante este

Tribunal. En efecto, las recurrentes solicitaron reiteradamente a la Administración la expedición de tarjeta de residencia comunitaria, siendo ello denegado por diferentes resoluciones del Subdelegado del Gobierno en A Coruña al no estar inscrito en el Registro Civil el matrimonio de doña Judith Andrea Lucachesky de Rial con un ciudadano español. Ante esta situación iniciaron, al menos, dos vías diferentes de impugnación de las distintas resoluciones denegatorias; una de ellas a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, alegando la vulneración de los artículos 14 y 22 de la CE, vía que fracasó, tanto en primera instancia como en apelación, y de la cual trae origen el presente recurso de amparo.

De manera simultánea a dicha impugnación las recurrentes interpusieron frente a la denegación de la tarjeta de residencia sendos recursos contencioso-administrativos ordinarios. A través de esta última vía, tramitada ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo núms. 2 y 4 de A Coruña, las demandantes (madre e hija) obtuvieron la estimación de sus recursos en Sentencias de fechas 21 de septiembre de 2006 y 30 de junio de 2006, respectivamente. Las citadas sentencias entendieron que no era asumible el argumento esgrimido por la Administración para la denegación de las tarjetas de residencia, la falta de inscripción en el Registro Civil del matrimonio de doña Judith Andrea Lucachesky de Rial con un ciudadano español; por ello, en su parte dispositiva, anularon los actos denegatorios de la tarjeta de residencia y reconocieron el derecho de las recurrentes a su obtención. Estas sentencias adquirieron firmeza con anterioridad a la presentación de la actual demanda de amparo, constando en las actuaciones el archivo de los procesos en los que fueron dictadas desde el 13 de noviembre y el 20 de octubre de 2006, respectivamente.

En definitiva, en un momento anterior a la interposición de la presente demanda de amparo las lesiones aducidas habrían sido reparadas por los órganos judiciales y la supuesta desigualdad habría

Constitucional

sido corregida, así como la denunciada lesión del derecho de asociación.

(...).

Este dato esencial, es decir la reparación de las lesiones aducidas en momento anterior a la presentación de la demanda de amparo, ha sido ocultado por las recurrentes en el presente proceso constitucional, proceso que nunca tuvo objeto, en cuanto a las aducidas lesiones de los artículos 14 y 22 de la CE, ya que estas vulneraciones fueron reparadas antes de su inicio, sin que sea fácil determinar el alcance real de la pretensión de las demandantes ante este Tribunal, debiéndose poner de manifiesto la discutible lealtad procesal con la que han actuado.

La demanda, pues, debe ser inadmitida en cuanto a las quejas relativas a los artículos 14 y 22 de la CE por ausencia de lesión efectiva en los derechos fundamentales de los recurrentes recogidos en los citados artículos, ya que constituye doctrina reiterada por este Tribunal, como hemos recordado en la STC 288/2006, de 9 de octubre, la de que resulta imprescindible “la existencia de una lesión efectiva, real y concreta de un derecho fundamental, y no un hipotético daño potencial o previsiblemente futuro, ni la denuncia abstracta y no materializada de la vulneración de un derecho constitucional (FJ 2.º)”. No podemos olvidar que el recurso de amparo tiene por objeto “restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso” (artículo 41.3 de la LOTC), objeto que no existe si los derechos fundamentales en su caso lesionados han sido reparados antes del inicio del proceso de amparo».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional.

Fecha: 15 de junio de 2009.

Recurso de Amparo: 3520/2005.

Ponente: Don Pablo Pérez Tremps.

Voz: Sustitución de expulsión por multa: arraigo familiar.

Resumen: Se otorga el amparo solicitado. El recurrente acredita inscripción en el Registro municipal de parejas estables no casadas con una persona poseedora de una segunda tarjeta de residencia con la que tiene cuatro hijos en común, circunstancias personales estas que justifican la sustitución de la expulsión por una multa económica.

«(...) ha quedado acreditado en las actuaciones que el recurrente fue sometido a un procedimiento sancionador en materia de extranjería por una infracción prevista en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, por carecer de documentación que acreditara su estancia legal en España. En dicho procedimiento alegó, en defensa de su pretensión de que conforme al principio de proporcionalidad le fuera impuesta la sanción de multa y no la de expulsión, entre otros extremos, que estaba inscrito en el Registro municipal de parejas estables no casadas del Ayuntamiento de Pamplona, con una persona poseedora de su segunda tarjeta de residencia que trabaja en labores domésticas, con la que tiene cuatro hijos en común, todos ellos menores de edad y escolarizados en instituciones de enseñanza pública de Pamplona. El Instructor del expediente, en respuesta a dicha alegación, señaló la imposibilidad de entrar a valorar esas circunstancias personales, ya que debía atenderse únicamente a los hechos que motivaron el expediente sancionador, que finalizó por Resolución del Delegado del Gobierno en Navarra de 9 de julio de 2004, imponiendo al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada durante un período de 5 años, sin hacer ninguna referencia a la opción por dicha sanción en vez de la multa.

Igualmente queda acreditado que, una vez interpuesto recurso contencioso-administrativo contra dicha decisión, fue estimado por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pamplona de 28 de diciembre de 2004, declarando nulo el acuerdo de expulsión que fue sustituido por la sanción de multa en su cuantía mínima, al considerar que la decisión de expulsión carecía de la necesaria motivación y valorando la concurren-

Constitucional

cia de una situación de arraigo, derivada del hecho de tener una pareja estable y cuatro hijos escolarizados en Pamplona. Finalmente, esta resolución judicial, a su vez, fue anulada, con confirmación de la sanción de expulsión, por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 1 de abril de 2005, con el argumento de que existía una motivación por remisión al contenido del expediente y que está ínsita en la gravedad de los hechos, añadiendo que la situación de arraigo es una cuestión que no afecta al expediente de expulsión.

En atención a lo expuesto, y tal como también ha destacado el Ministerio Fiscal, debe concluirse que la resolución administrativa ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) del recurrente por no haberse motivado la decisión de imponer la sanción de expulsión y prohibición de entrada en territorio nacional frente a la imposición de la multa.

(...).

La ausencia de motivación resulta especialmente evidente en el presente caso, toda vez que el recurrente alegó insistentemente el hecho de tener una pareja estable y cuatro hijos menores de edad escolarizados en Pamplona en favor de la aplicación del principio de proporcionalidad para que no se sustituyera la pena de multa por la de expulsión, recibiendo como única respuesta que las circunstancias personales son absolutamente irrelevantes en este tipo de expedientes. Pues bien, habida cuenta de que el artículo 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000 prevé expresamente que para la graduación de las sanciones en materia de extranjería el órgano competente se ajustara a criterios de proporcionalidad, la negativa a valorar dichas circunstancias debe ser considerada una decisión arbitraria, máxime teniendo en cuenta que la situación personal alegada por el recurrente está en conexión con intereses de indudable relevancia constitucional, por lo que su ponderación, si así es solicitado, resulta obligada.

Una vez constatado que la decisión administrativa de expulsión vulnera el artículo 24.1 de la CE, resulta innecesario continuar con el análisis del resto de las invocaciones realizadas en la demanda de amparo (...).

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional.

Fecha: 17 de junio de 2009.

Recurso de Amparo: 4509/2005.

Ponente: Don Manuel Aragón Reyes.

Voz: Residencia y trabajo: silencio administrativo.

Resumen: Se otorga el amparo solicitado. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: acto administrativo declarado firme y consentido por no haber impugnado judicialmente en su día una denegación presunta de la solicitud inicial.

«a) El 18 de marzo de 2004 el recurrente, nacional de Mali, solicitó ante la Delegación del Gobierno en Madrid que le fuera concedida autorización de residencia y trabajo en España, expidiéndose por la referida Delegación comunicación de inicio del procedimiento, en la que se hace constar que el plazo máximo para notificar la resolución que proceda será de 3 meses, y que transcurrido ese plazo sin haberse notificado la resolución, podrá entenderse desestimada la solicitud, de conformidad con la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

b) Transcurrido el plazo establecido sin que la Administración hubiese dictado resolución expresa, el recurrente interpuso el 2 de marzo de 2005 recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de su solicitud de autorización de residencia y trabajo, recurso que fue turnado al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 26 de Madrid, como procedimiento abreviado núm. 183-2005.

Constitucional

c) Por Auto de 28 de marzo de 2005 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 26 de Madrid acordó la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente, por extemporáneo. Razona el Juzgado que, habiéndose presentado la solicitud de autorización de residencia y trabajo el 18 de marzo de 2004, el acto presunto de desestimatorio se produjo por el transcurso del plazo de 3 meses a contar desde el siguiente a dicha fecha, de suerte que el recurso contencioso-administrativo interpuesto el 2 de marzo de 2005 es extemporáneo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la LJCA, a cuyo tenor en los supuestos de silencio administrativo el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de 6 meses y se contará a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

d) Contra este Auto el recurrente interpuso recurso de súplica, que fue desestimado por Auto de 29 de abril de 2005 por los mismos fundamentos.

(...).

El objeto de este recurso de amparo consiste en determinar si el Auto de 28 de marzo de 2005 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 26 de Madrid, confirmado en súplica por Auto de 29 de abril de 2005, ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, al haber inadmitido por extemporáneo su recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud de autorización de residencia y trabajo con fundamento en una interpretación irrazonable y contraria al principio *pro actione* de la institución del silencio administrativo.

El problema planteado en este recurso de amparo es sustancialmente idéntico al resuelto en anteriores pronunciamientos de este Tribunal que constituyen una consolidada doctrina sobre la fijación y cómputo de los plazos para impugnar actos deses-

timatorios presuntos por silencio administrativo, doctrina que resulta plenamente aplicable al presente supuesto.

Como recuerdan el recurrente y el Fiscal, este Tribunal tiene reiteradamente señalado que el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración, de manera que en estos supuestos no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales “que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver” [entre otras muchas, SSTC 6/1986, de 21 de enero, FJ 3.º c); 204/1987, de 21 de diciembre, FJ 4.º; 180/1991, de 23 de septiembre, FJ 1.º; 294/1994, de 7 de noviembre, FJ 4.º; 3/2001, de 15 de enero, FJ 7.º; 179/2003, de 13 de octubre, FJ 4.º; 188/2003, de 27 de octubre, FJ 6.º; 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 5.º; 186/2006, de 19 de junio, FJ 3.º; 40/2007, de 6 de febrero, FJ 2.º; y 117/2008, de 13 de octubre, FJ 2.º]. Por ello hemos declarado que ante una desestimación presunta el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, pues ello supondría imponerle un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración; concluyéndose, en definitiva, que deducir de este comportamiento pasivo el consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, negando al propio tiempo la posibilidad de reactivar el plazo de impugnación mediante la reiteración de la solicitud desatendida por la Administración, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable y, menos aún, con arreglo al principio *pro actione*, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental garantizado por el artículo 24.1 de la CE.

La aplicación de esta consolidada doctrina constitucional al presente caso conduce al otorgamiento del amparo interesado, habida cuenta de que la in-

Constitucional

interpretación que defienden los Autos impugnados, imponiendo al recurrente la obligación de reaccionar en vía judicial contra la desestimación presunta por silencio administrativo negativo de su solicitud de autorización de residencia y trabajo, formulada el 18 de marzo de 2004 por el recurrente ante la Delegación del Gobierno en Madrid, dentro del plazo que establece el artículo 46.1 de la Ley de la jurisdic-

ción contencioso-administrativa (LJCA), so pena en otro caso de incurrir en extemporaneidad, supone una interpretación irrazonable que choca frontalmente, según se señala en la citada doctrina, con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción».

The page features a decorative design with a vertical orange line on the left side and two horizontal orange bands, one above and one below the text. The text is centered within the upper orange band.

Crónicas legislativas

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

SUMARIO

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

III. Fuentes de la Unión Europea.

I. FUENTES INTERNAS

- Resolución de 1 de septiembre de 2009, de la Secretaría General Técnica, sobre la adhesión de la República Dominicana al Convenio suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (publicado en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 229, de 25 de septiembre de 1978) (BOE del 10).
- Real Decreto 1463/2009, de 18 de septiembre, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de inmigración: autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña (BOE del 22; c.e. BOE de 30 de octubre).
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE del 31).
- 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 del 12).
- Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010 (BOE del 29).

II. FUENTES INTERNACIONALES

- Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Albania al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE de 11 de septiembre de 2009).
- Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Armenia al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE de 11 de septiembre de 2009).
- Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Seychelles al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE de 11 de septiembre de 2009).
- Acuerdo de Cooperación Científica y Tecnológica entre el Reino de España y la República de Turquía, hecho en Madrid el 3 de marzo de 2006 (BOE de 14 de septiembre de 2009).
- Convenio de Extradición entre el Reino de España y la República de Cabo Verde, hecho *ad referendum* en Madrid el 20 de marzo de 2007 (BOE de 16 de septiembre de 2009).
- Convenio entre el Reino de España y la República de Cabo Verde relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho *ad referendum* en Madrid el 20 de marzo de 2007 (BOE de 16 de septiembre de 2009).
- Convenio sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de Cabo Verde, hecho *ad referendum* en Madrid el 20 de marzo de 2007 (BOE de 16 de septiembre de 2009).
- Declaración de aceptación por España de la adhesión de Bosnia y Herzegovina al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil (publicado en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 203, de 25 de agosto de 1987), hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970 (BOE de 24 de septiembre de 2009).
- Convenio de Seguridad Social entre España y Japón, hecho en Tokio el 12 de noviembre de 2008 (BOE de 30 de septiembre de 2009; c.e. BOE de 9 de noviembre).
- Aplicación provisional del Convenio de extradición entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat el 24 de junio de 2009 (BOE de 2 de octubre de 2009).
- Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Rabat el 24 de junio de 2009 (BOE de 2 de octubre).
- Entrada en vigor del Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino

Crónicas legislativas

de España y la República de Mali, hecho *ad referendum* en Madrid el 23 de enero de 2007 (BOE de 19 de octubre de 2009).

- Convenio Marco de Cooperación entre el Reino de España y la República Democrática del Congo, hecho en Kinshasa el 28 de enero de 2008 (BOE de 9 de noviembre de 2009).
- Acuerdo entre el Reino de España y el Gobierno de la República de Albania sobre Cooperación y Asistencia Mutua en Materia Aduanera, hecho en Tirana el 20 de mayo de 2009 (BOE de 23 de noviembre).
- Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (BOE de 27 de noviembre de 2009).

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Directiva 2009/112/CE de la Comisión, de 25 de agosto de 2009, que modifica la Directiva 91/439/CEE del Consejo sobre el permiso de conducción (DOUE, L 223, del 26).
- Directiva 2009/113/CE de la Comisión, de 25 de agosto de 2009, que modifica la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el permiso de conducción (DOUE, L 223, del 26).
- Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio núm. 1197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE de 10 de septiembre de 2009).
- 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 de visados) (DOUE, L 243, de 15 de septiembre).
- Decisión de la Comisión, de 17 de septiembre de 2009, por la que se establece la fecha para la aplicación de la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DOUE, L 257, del 30).
- Decisión 2009/724/JAI de la Comisión, de 17 de septiembre de 2009, por la que se establece la fecha para la aplicación de la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DOUE, L 257, del 30).
- Actualización de la lista de permisos de residencia a que se refiere el artículo 2, apartado 15, del Reglamento (CE) núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de

fronteras Schengen) (DOUE, C 239, de 6 de octubre de 2009).

- Actualización de los modelos de tarjetas expedidas por los Ministerios de Asuntos Exteriores de los Estados miembros a los miembros acreditados de representaciones diplomáticas y oficinas consulares y miembros de sus familias a que hace referencia el artículo 19, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DOUE, C 239, de 6 de octubre de 2009).
- Instrumento de Ratificación del Protocolo núm. 4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconociendo ciertos derechos y libertades, además de los que ya figuran en el Convenio y Protocolo Adicional al Convenio (Convenio núm. 46 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963 (BOE de 13 de octubre de 2009).
- Instrumento de Ratificación del Protocolo núm. 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio núm. 117 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984 (BOE de 15 de octubre de 2009).
- Decisión de la Comisión, de 9 de octubre de 2009, por la que se establecen especificaciones sobre la resolución y el uso de impresiones dactilares a efectos de la verificación e identificación biométricas en el Sistema de Información de Visados (DOUE, L 270, del 15).
- Acuerdo sobre la aplicación provisional de determinadas disposiciones del Protocolo núm. 14 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio (BOE de 25 de noviembre).
- Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (BOE de 27 de noviembre de 2009).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Pensamiento de la semana: reforma del derecho de asilo

El Comisario de Justicia, Jacques Barrot, expone cada semana sus reflexiones sobre un tema de actualidad europea. En el pensamiento de esta semana el Comisario reflexiona sobre los flujos de inmigrantes que han seguido llegando este mes de agosto a las costas europeas. Entre otras desgracias, ha habido que lamentar la muerte de docenas de eritreos que venían huyendo de las guerras que asolan el cuerno de África. Los Estados miembros de la UE no deben girar la cabeza ante tragedias de este tipo. Temas como la inmigración ilegal y la reforma del Derecho de Asilo se presentan cruciales para la UE. Los 27 firmaron en junio de 2008 un pacto sobre inmigración y asilo, pero su puesta en funcionamiento ha resultado complicada. Resolver los problemas migratorios no debe hacerse únicamente sobre papel, sino que deben lanzarse negociaciones con los países de origen y de tránsito de estos inmigrantes, y éste va a ser el objetivo de la Comisión Europea durante este otoño.

(7 de septiembre de 2009).

La Agencia de Derechos Fundamentales opina sobre el Programa de Estocolmo

El Director de la Agencia europea de Derechos Fundamentales, Morten Kjaerum, ha hecho llegar a los ministros de Justicia y Asuntos de Interior de los 27 Estados miembros un informe de opinión acerca de la aprobación del Programa de Estocolmo, titulado «Programa de Estocolmo: una oportunidad de situar la protección de los derechos fundamentales en el epicentro de la agenda europea». Kjaerum ha señalado igualmente la relevancia y las posibles implicaciones del próximo programa multianual para las áreas de libertad, seguridad y justicia en el ámbito de los derechos fundamentales.

(7 de septiembre de 2009).

Incremento de los esfuerzos para el reasentamiento de refugiados

La Comisión Europea ha propuesto la creación de un Programa conjunto de la UE en materia de reasentamiento. Este programa se propone convertir el reasentamiento dentro de la UE en un instrumento más eficaz para proteger a los refugiados, consiguiendo una cooperación más estrecha y práctica entre los Estados miembros de la UE. Esta iniciativa se refiere al reasentamiento de refugiados procedentes de terceros países en un Estado miembro de la UE. El reasentamiento es el traslado de refugiados desde el primer país de asilo hacia otro país en el

(*) Boletín elaborado por la Delegación en Bruselas del Consejo General de la Abogacía Española en colaboración con la *Délégation des Barreaux de France* y la *Deutscher Anwaltverein*.

Europa en breve

II

que puedan iniciar una nueva vida y disfrutar de protección permanente. La gran mayoría de los refugiados del mundo se encuentra fuera de la UE, en países en desarrollo de Asia y África. El regreso a su país de origen es la opción que la mayoría de ellos prefiere, pero para algunos de estos refugiados, sobre todo los más vulnerables, no existe esta posibilidad. Para ellos, el reasentamiento es la única solución.

(7 de septiembre de 2009).

Encuesta del Eurobarómetro sobre los derechos del niño

El Eurobarómetro ha publicado una encuesta en la que han participado más de 10.000 jóvenes provenientes de toda la Unión Europea, acerca de la concienciación sobre los derechos del niño. Asimismo, se les ha interrogado sobre búsqueda de ideas a la hora de lanzar acciones nacionales y comunitarias en esta área. La encuesta pone de manifiesto que el 65% de los participantes conocen sus derechos como niños. Al mismo tiempo, el 80% cree que no sabría cómo pedir ayuda en caso de violación de sus derechos o cómo ha llegado a producirse esta situación. Finalmente, educación, protección contra la violencia (seguridad) y salud son consideradas las políticas más importantes en protección de los derechos del niño.

(7 de septiembre de 2009).

Reglamento por el que se establece un Código Comunitario sobre Visados

El Parlamento Europeo y el Consejo de la UE han aprobado un Código europeo relativo a los visados. Los Estados miembros deben tener presencia o estar representados a efectos de los visados en todos los terceros países cuyos nacionales estén sujetos a la obligación de visado. Los Estados miembros que no tengan consulado propio en un tercer país o en una parte de éste procurarán celebrar acuerdos de representación para que los solicitantes de visado no tengan que realizar un esfuerzo desproporcionado para acceder a los consulados. Es necesario establecer normas sobre el tránsito por las zonas internacionales de los aeropuertos, a fin de luchar contra la inmigración ilegal. De esta manera, las personas procedentes de una lista común de terceros países deben estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario. No obstante, en casos urgentes de afluencia masiva de inmigrantes ilegales, los Estados miembros deben poder imponer ese requisito a los nacionales de terceros países que no sean los enumerados en la lista común. Los Estados miembros deben garantizar que la calidad del servicio que se ofrece al público sea de alto nivel y acorde con las buenas prácticas administrativas.

(14 de septiembre de 2009).

Consejo Europeo de ministros de Justicia e Interior

Los ministros de Justicia e Interior de los 27 Estados miembros de la UE se han reunido esta semana para abordar diferentes cuestiones, entre las que cabe destacar la bienvenida a la Comunicación de la Comisión Europea para el establecimiento de un programa europeo conjunto de reasentamiento de refugiados en terceros Estados. Asimismo, se ha abordado una propuesta de enmienda relacionada con las normas sobre el Fondo Europeo para Refugiados para el período 2008-2013. Igualmente, otro de los asuntos destacados ha sido el tratamiento, en relación con

Europa en breve

II

este tema, que debe darse a los menores no acompañados, con la idea de desarrollar un plan de acción para el año 2010. Finalmente, el Consejo Europeo ha hecho públicas sus conclusiones respecto al derecho de los ciudadanos europeos y de los miembros de sus familias a circular y desplazarse libremente por el territorio de los Estados miembros, acogiendo con satisfacción la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo concerniente a las directrices destinadas a mejorar la transposición y la aplicación de la Directiva 38/2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias a circular y a permanecer libremente sobre el territorio de los Estados miembros.

(21 de septiembre de 2009).

Informe de la Comisión sobre el desarrollo del Sistema de Información de Visados (VIS)

La Comisión Europea ha presentado el informe intermedio sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) correspondiente al año 2008. Se trata del quinto informe intermedio que presenta la Comisión Europea al Consejo de la UE y al Parlamento Europeo de conformidad con el artículo 6 de la Decisión por la que se establece el Sistema de Información de Visados (VIS). Dicha Decisión prevé que la Comisión, ayudada por el Comité del SIS II, se encargue de desarrollar ese sistema, mientras que los Estados miembros se ocuparán de la adaptación o el desarrollo de los sistemas nacionales. En 2007 se creó el Comité SISVIS para asistir a la Comisión en el ejercicio de las competencias de ejecución en materias relativas a la fase operativa tanto del proyecto SIS II como del VIS.

(21 de septiembre de 2009).

Contribución de los Estados miembros al reasentamiento de los refugiados

El programa de la UE propuesto en materia de reasentamiento pretende establecer una cooperación política y práctica entre los Estados miembros para facilitar protección permanente a los refugiados. Los ministros de Justicia y Asuntos de Interior debatieron este proyecto en el Consejo JAI del pasado 21 de septiembre. En los casos en que no resulta posible el retorno al país de origen, el reasentamiento puede ser la única solución. El plan propuesto se aplicaría únicamente al reasentamiento de refugiados procedentes de terceros países en Estados miembros de la UE. Cada uno de los 27 Estados miembros decidiría por sí mismo si desea participar, y a cuántos refugiados estaría dispuesto a reasentar. En la actualidad, 10 Estados miembros asumen labores de reasentamiento de refugiados cada año. Otros Estados miembros actúan al respecto sobre una base *ad hoc*. El nuevo plan está orientado a incrementar la cooperación y la coordinación entre los países de la UE a fin de mejorar la eficacia y la buena relación entre coste y eficiencia, así como la repercusión, humanitaria y estratégica, de sus actividades de reasentamiento. Sería especialmente útil desarrollar acciones conjuntas en ámbitos como la identificación de los refugiados que vayan a reasentarse y la preparación logística, por ejemplo en materia de reconocimiento médico, disposiciones sobre viaje y visado, así como programas de acogida e integración.

(28 de septiembre de 2009).

Europa en breve

II

Eurodac asegura el correcto funcionamiento del Sistema Europeo Común de Asilo

La Comisión Europea ha publicado recientemente el informe de actividades 2008 de Eurodac, la herramienta biométrica europea que ayuda a determinar qué Estado miembro es el responsable de examinar una petición de asilo, gracias a la base de datos que la conforma. El informe de 2008 aporta soluciones a los patrones establecidos sobre los buscadores de asilo y la entrada ilegal de personas en territorio UE; asimismo, muestra el incremento de personas detenidas en relación con el cruce ilegal de las fronteras exteriores de la UE. Y analiza, igualmente, la figura de «solicitud múltiple» de asilo, para nacionales de terceros Estados que lo piden a más de un Estado miembro de la UE.

(28 de septiembre de 2009).

Frontex publica un informe sobre inmigración

Frontex, la agencia de la UE para la gestión de sus fronteras exteriores, ha hecho público un informe sobre inmigración y crisis económica. En él, establece que la crisis financiera global ha producido el mayor descenso económico desde la Segunda Guerra Mundial. La recesión económica que asola a la mayoría de los Estados miembros de la UE ha hecho aumentar de manera vertiginosa la tasa de paro, empujando a numerosos Gobiernos a introducir medidas proteccionistas para proteger sus mercados laborales. Este informe ha sido elaborado en colaboración con el Centro Europeo de Situación Común (EU SitCen), la Organización Internacional para la Inmigración (OIM) y el Centro Internacional para el desarrollo de Políticas de Inmigración, y su objetivo es buscar las posibles conexiones entre el impacto de la crisis económica y el descenso de la presión migratoria en la fronteras exteriores de la UE.

(28 de septiembre de 2009).

El programa de Estocolmo: coordinación para una Europa más abierta y segura

El programa de Estocolmo dotará a la Unión Europea de un nuevo marco multianual para la cooperación policial, de justicia y aduanas y también en materia de asilo, inmigración y política de visados. Todo apunta que será aprobado antes de que fin de año, cuando termina el semestre de presidencia sueca, impulsora de la iniciativa. El objetivo de este nuevo programa multianual, que cubrirá el período 2010-2014, será construir una «Europa de los ciudadanos» a través de la promoción de los derechos de los europeos y el refuerzo de la seguridad con el horizonte puesto en una Europa de solidaridad. Se trata de una idea sobre la que ya se habían planteado varias iniciativas, que ahora ha recogido la Presidencia sueca, elevando al mismo tiempo el listón de objetivos y subrayando que el nuevo programa debe tener una visión a largo plazo y equilibrada, al mismo tiempo. Además, debe ser capaz de ofrecer un valor añadido a los ciudadanos, fundamentalmente en la lucha contra el crimen organizado transfronterizo, y siendo capaz de encontrar el equilibrio entre las exigencias de seguridad y la protección de los derechos humanos. Otro aspecto fundamental sería la coordinación en materia de migraciones. En ese marco, se trataría asimismo de desarrollar una política común de asilo.

(5 de octubre de 2009).

Europa en breve

II

Apoyo de los ministros de Justicia e Interior a Europol

Los ministros de Justicia e Interior de la UE se reunieron la pasada semana en La Haya (Holanda) para discutir cómo mejorar el Derecho europeo en materia de cooperación reforzada contra delitos transfronterizos, centrándose especialmente en el papel de Europol y otras agencias europeas, como Frontex o Eurojust (con la colaboración de fiscales europeos). Algunos de los resultados de esta reunión incluyeron medidas para que Europol incremente su lucha contra el crimen organizado en los Balcanes, a través de un partenariado con las misiones de la UE en la región. Igualmente, se mostró apoyo al proyecto de Europol que prevé la publicación de la lista con los 100 criminales más buscados en la UE.

(5 de octubre de 2009).

Procedimiento de asilo único en aras de un Estatuto uniforme de la Unión Europea

La Comisión Europea ha adoptado varias propuestas de modificación de dos de los instrumentos legislativos vigentes del Sistema Europeo Común de Asilo: la Directiva sobre los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de personas que necesitan protección internacional y la Directiva sobre procedimientos de asilo. Estas modificaciones se atienen a las propuestas presentadas por la Comisión en diciembre de 2008 y en 2009 con el fin de aplicar el Programa de La Haya y el Plan de Política de Asilo; la Directiva sobre las condiciones de recepción de los solicitantes de asilo, el Reglamento de Dublín, el Reglamento Eurodac, el Reglamento relativo a la Oficina Europea de Apoyo al Asilo y el Programa Conjunto de la UE en materia de Reasentamiento. Las medidas contempladas tienen por objeto aumentar la protección otorgada a las víctimas de persecución, como había solicitado el Consejo Europeo en el Pacto sobre Inmigración y Asilo. Simultáneamente, las propuestas deberían mejorar la coherencia de los instrumentos de asilo de la UE, simplificar y consolidar las normas materiales y procesales de protección en toda la UE y, en consecuencia, prevenir el fraude y aumentar la eficiencia del procedimiento de asilo.

(26 de octubre de 2009).

Aprobación de acuerdos de extradición y asistencia judicial con Estados Unidos

El Consejo de la UE autorizó en 2002 a la Presidencia de turno para que, asistida por la Comisión Europea, entablara negociaciones con los Estados Unidos de América, tras lo cual se negociaron con dicho país dos acuerdos sobre cooperación judicial internacional en materia penal, uno relativo a la extradición y otro relativo a la asistencia judicial. El Consejo ha procedido a aprobar dichos acuerdos mediante Decisión 820/2009 PESC. Igualmente, se autoriza al Presidente del Consejo para que designe a la persona facultada para intercambiar, en nombre de la Unión Europea, los instrumentos de aprobación, a fin de expresar el consentimiento de la Unión Europea en quedar obligada por dichos acuerdos.

(9 de noviembre de 2009).

Pensamiento de la semana: por una identidad y ciudadanía europeas

El Comisario de Justicia, Jacques Barrot, expone cada semana sus reflexiones sobre un tema de actualidad europeo. Esta semana, el Comisario reflexiona, con ocasión del debate público abierto en Francia sobre la identidad nacional, sobre el sentimiento de ciudadanía europea. El Comisario opina que éste es un sentimiento creciente, y que debe reforzarse con ayuda del Programa de Estocolmo, dirigido a la creación de una verdadera Comunidad Europea de Derecho. Añade, asimismo, que los residentes de cada Estado miembro europeo deben hacer valer sus derechos por todo el territorio europeo, y opina que los valores que representa la ciudadanía europea deben plasmarse en hechos mediante acciones concretas.

(23 de noviembre de 2009).

20.º Aniversario de la Convención de los Derechos del Niño

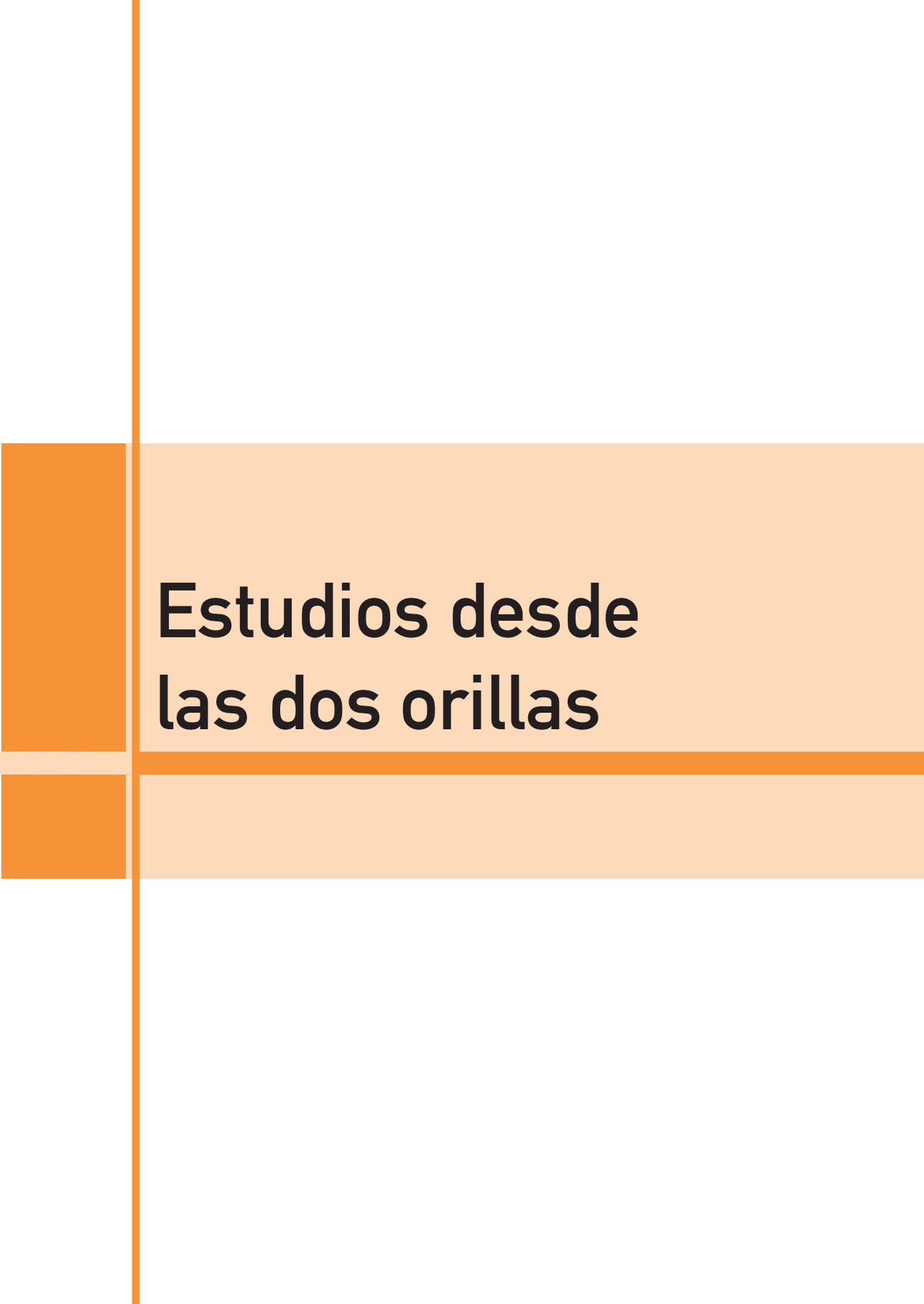
La Comisión Europea ha hecho público un comunicado con la ocasión de la celebración del vigésimo aniversario de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño. Esta Convención es el primer instrumento legal internacional vinculante que establece estándares mínimos para la protección y salvaguarda de un paquete completo de derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales para todos los niños del mundo. Las políticas internas de la UE así como sus relaciones exteriores están basadas en el respeto total y la promoción de los derechos de la Convención. Este aniversario es una oportunidad de reconocer el progreso alcanzado en la promoción y protección de los derechos de los niños, pero también un reflejo de los desafíos a los que aún deben hacer frente muchos niños para disfrutar plenamente de sus derechos. Asimismo, y con ocasión de este 20.º aniversario, la Comisión Europea ha lanzado la cuarta edición de su concurso de carteles realizados por niños, bajo el título «Dibújame un derecho».

(23 de noviembre de 2009).

Adaptación de la legislación sobre igualdad racial

La Comisión Europea ha decidido archivar el procedimiento por incumplimiento iniciado contra España, al haber aplicado ésta adecuadamente la legislación de la UE destinada a combatir la discriminación racial. Las causas judiciales se habían abierto por motivos de incompatibilidad de la legislación nacional con la Directiva 43/2000 sobre igualdad racial, adoptada en noviembre de 2000. Dicha Directiva prohíbe la discriminación, directa e indirecta, por motivos de origen racial o étnico tanto en el ámbito del empleo como fuera de él. La Comisión había planteado que en la legislación española la necesaria protección contra las represalias estaba incompleta e, igualmente, que si bien en la ley por la que se transpuso la Directiva en 2003 se había creado formalmente un organismo responsable de la igualdad racial, en la práctica dicho organismo no existía. España aclaró la primera cuestión recurriendo a la jurisprudencia constitucional sobre protección jurídica de los derechos humanos. La segunda cuestión se resolvió mediante un reglamento de aplicación y la puesta en marcha, entre tanto, del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y la no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico.

(23 de noviembre de 2009).



Estudios desde las dos orillas

PASCUAL AGUELO NAVARRO

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

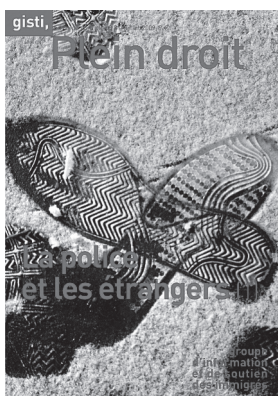
Director-Coordinador de la REDMEX

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Catedrático Acr. de Derecho Internacional Público y
RRII en la Universidad de Zaragoza

Director Adjunto de la REDMEX

Estudios Jurídicos sobre Migraciones Internacionales en el Mediterráneo. Tres «Revistas afines»



SUMARIO

I. El origen de la iniciativa.

II. La defensa de los Derechos Humanos, núcleo que cimenta la iniciativa.

III. Estudios publicados en 2009. A) Estudios publicados en *diritto, immigrazione e cittadinanza* (núm. 1, 2 y 3 de 2009). B) Estudios publicados en *plein droit* (julio y octubre de 2009). C) Estudios publicados en la *revista de derecho migratorio y extranjería* durante 2009.

I. EL ORIGEN DE LA INICIATIVA

Comenzamos en este número 22 de la REDMEX un espacio que puede titularse ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE MIGRACIONES INTERNACIONALES EN EL MEDITERRÁNEO. Se trata de publicar en nuestra *Revista* los índices de otras revistas (a las que llamaremos «Revistas Afines») en materia de migraciones.

Desde hace tiempo la Dirección de la REDMEX había ido concretando una iniciativa como la actual. La iniciativa se enmarcaba además en las estrechas relaciones personales y profesionales del Director y del Director Adjunto de la REDMEX con algunos abogados y profesores de Universidad de Francia e Italia (participación en coloquios y seminarios celebrados en España –como el Seminario Internacional de Zaragoza, de octubre de 2009– o participación del Director de la REDMEX en el Encuentro Internacional de Lampedusa en septiembre de 2009, por ejemplo).

Las mencionadas estrechas relaciones han facilitado la materialización de la iniciativa. Tales relaciones nos han permitido establecer un importante grupo o *pool* de tres revistas que abordan los derechos de los inmigrantes en la Unión Europea en general y, en concreto, en Francia, Italia y España.

Son las siguientes:

- **DIRITTO, IMMIGRAZIONE E CITTADINANZA**, Revista italiana promovida por la Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione e da Magistratura Democratica, cuya dirección científica está asegurada por B. NASCIMBENE, G. PALOMBARINI, L. PEPINO y L. TRUCCO;
- **PLEIN DROIT**, Revista francesa publicaba por GISTI (Groupe d'Information et de Souten des Immigrés), dirigida por Stéphan MAUGENDRE; y
- Nuestra **REVISTA DE DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA**, publicada en España.

Desde luego la iniciativa está abierta a otras revistas de la misma materia y con la misma fundamentación (respeto de los Derechos Humanos de todos/as) que deseen participar en el intercambio y la publicación de los respectivos índices. No supondrá mayor obstáculo que esas Revistas se publiquen fuera del ámbito territorial mediterráneo.

II. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, NÚCLEO QUE CIMENTA LA INICIATIVA

La realización de la iniciativa se basa en algunas ideas nucleares, pero todas ellas giran alrededor de la defensa de los Derechos Humanos, valores que hemos de calificar con la ONU como universales, indivisibles, interdependientes e inalienables.

Las principales ideas nucleares de la iniciativa podemos sintetizarlas en las cinco siguientes:

- 1.^a En estos momentos, el ámbito territorial de las *Revistas Afines* no es otro que el Mediterráneo occidental. En ese ámbito (también en otros muchos, ciertamente) el fenómeno migratorio siempre ha existido; además, la intensidad de este fenómeno resulta elevada desde hace muchas décadas. En todo caso no deberíamos olvidar que los actuales flujos sur-norte en el pasado tuvieron una dirección opuesta.

Estudios jurídicos sobre migraciones internacionales. Tres «revistas afines»

- 2.^a Nos movemos en un marco migratorio no solamente estatal, ni siquiera estatal y de la Unión Europea, sino universal. Como las tres publicaciones citadas conjugan esos planos universal, europeo y estatal, es importante y mutuamente enriquecedor conocer cuál es su contenido, qué problemas concretos se plantean, las soluciones aportadas, etc.
- 3.^a Las tres Revistas Afines examinan la vertiente jurídica de las migraciones, en Estados de Derecho, Estados democráticos y en una Unión de Derecho (la Unión Europea). De esta forma, las tres publicaciones contribuyen a la configuración en primer lugar del Derecho Migratorio Europeo y, en segundo término, del Derecho Migratorio francés, italiano y español.
- 4.^a Las Revistas Afines hallan su fundamento último en la defensa de los Derechos Humanos de todas las personas, ya sean nacionales, ciudadanas de la Unión Europea, extranjeras, apátridas o refugiadas. En el supuesto de las personas extranjeras las Revistas Afines defienden los Derechos Humanos sea cual fuere su situación migratoria (regular o irregular). Aplican por tanto el principio de igualdad y no discriminación como elemento imprescindible en cualquier ordenamiento actual.
- 5.^a De alguna manera, las Revistas Afines constituyen importantes cauces de expresión de las respectivas sociedades civiles de los tres Estados. Sin perder un ápice el carácter científico de sus estudios, notas, dossiers, etc., recogen los valores democráticos y de defensa de los Derechos Humanos defendidos por las mencionadas sociedades civiles (ONG's, asociaciones de diverso tipo, etc.).

III. ESTUDIOS PUBLICADOS EN 2009

Conviene recordar las tres advertencias metodológicas siguientes:

- 1.^a Al recoger las publicaciones, mantendremos la misma denominación dada por cada una de las revistas (interventi, estudios, notas, dossier, etc.).
- 2.^a Las tres Revistas tienen un contenido mucho más amplio que el reseñado en este epígrafe. Mantienen, sobre todo, amplios estudios de la práctica jurisprudencial, apartados documentales significativos y bibliografía y otras informaciones de interés. La existencia de esta nota no sólo no debe suplir a su lectura, sino que habrá de potenciarla, incrementando su difusión.
- 3.^a En la puesta en práctica de la iniciativa tendremos presente la actualidad: En cada número reseñaremos los estudios, notas, etc., que hayan publicado las Revistas Hermanas en sus números inmediatamente anteriores. Pero en esta primera ocasión ampliamos un poco esta óptica.

A) Estudios publicados en DIRITTO, IMMIGRAZIONE E CITTADINANZA (núms. 1, 2 y 3 de 2009)

Número 1, 2009:

Interventi:

GUOLO, R.: «La sharia in Italia. Il diritto parallelo nelle comunità islamiche», pp. 15 y ss.

CALAFÀ, L.: «Le azioni positive di inclusione sociale degli stranieri e il modello regolativo nazionale», pp. 29 y ss.

CALGIURI, A.: «L'accesso ai benefici di natura assistenziale dei cittadini extracomunitari soggiornanti in Italia», pp. 53 y ss.

BERGONZINI, Ch.: «La medizione culturale: uno strumento (sottovaluato?) per l'integrazione degli immigrati», pp. 67 y ss.

Giurisprudenza:

ACIERNO, M.: «Il riconoscimento dello status di rifugiato político: il procedimento e l'onore del a prova al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione», pp. 79 y ss.

CAPUTO, A.: «Diritto all'assistenza linguistica e traduzione parziale della ordinanza applicativa di misura cautelare personale», pp. 87 y ss.

OLIVETTI, L.: «La Cassazione apre al ricongiungimento familiare per gli stranieri in attesa di acquisizione della cittadinanza italiana», pp. 93 y ss.

SIMONI, A.: «La qualificazione giuridica della mendicizia dei minori rom tra diritto e politica», pp. 99 y ss.

Número 2, 2009:

Interventi:

VASALLO PALEOLOGO, F.: «Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali», pp. 15 y ss.

CORSI, C.: «Prestazioni assistenziali e cittadinanza», pp. 30 y ss.

MOROZO DELLA ROCCA, P.: «Anagrafe e stato civile. L'attuale disciplina e le novità previste dal disegno di legge sulla sicurezza», pp. 48 y ss.

MAZZI, L.: «I minori stranieri accolti temporaneamente nell'ambito di programmi solidaristici di accoglienza», pp. 69 y ss.

Giurisprudenza:

BONINI BARALDI, M.: «Convivente di fatto e permesso di soggiorno per motivi familiari: fenomenologia di una discriminazione», pp. 79 y ss.

SPINELLI, B.: «Persecuzione per motivi di genere e protezione internazionale: l'ostacolo della sudditanza nella giurisprudenza della Suprema Corte», pp. 91 y ss.

GORTER, H.: «La protezione sussidiaria dopo la sentenza C-465/07 della Corte di Giustizia delle Comunità Europee», pp. 98 y ss.

LONG, J.: «Ancora sul ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah», pp. 112 y ss.

RENOLDI, C.: «Recenti arresti giurisprudenziali in materia di espulsione come sanzione alternativa alla detenzione», pp. 119 y ss.

Estudios jurídicos sobre migraciones internacionales. Tres «revistas afines»

Número 3, 2009:*Interventi:*

FAVILLI, Ch.: «I principali atti adottati dall'Unione Europea in dieci anni di politica di immigrazione e di asilo», pp. 13 y ss.

LIGUORI, A.: «Obblighi internazionali e comunitari in materia di garanzie procedurali avverso l'espulsione dei migranti in Europa», pp. 29 y ss.

PAGGI, M.: «Il rinnovo del permesso di soggiorno durante la crisi economica: osservazioni sulla casistica», pp. 66 y ss.

CORVAJA, F.: «L'accesso dello straniero extracomunitario all'edilizia residenziale pubblica», pp. 89 y ss.

Giurisprudenza:

CONSOLI, D.: «Le giurisdizione per accertare sussistenza e rilevanza dei motivi umanitari per il rilascio del titolo di soggiorno», pp. 113 y ss.

MAGGIOTO, A.: «I familiari extracomunitari di cittadini comunitari: prime aplicación giurisprudenziali sui requisiti per il riconoscimento dello status previsto dalla Dir. 2004/38/CE», pp. 120 y ss.

B) Estudios publicados en PLEIN DROIT (julio y octubre de 2009)**Número 82, Juillet 2009:***Dossier: La police et les étrangers (1):*

BLANCHARD, E.: «Ce que rafler veut dire», pp. 3 y ss.

POULY, Ch.: «Des pratiques policières aux limites de la légalité», pp. 7 y ss.

JOULIN, O.: «Contrôles d'identité et chasse à l'étranger», pp. 11 y ss.

DAADOUC, Ch.: «L'action sociale sous pression», pp. 15 y ss.

CHAPPART, P.: «L'artifice du "retour volontaire"», pp. 19 y ss.

BOUTIFLAT, J.-M.: «Accueillir et non contrôler», pp. 22 y ss.

GAUTHIER, J.: «À Berlin, le contrôle par la prévention», pp. 25 y ss.

Hors-thème:

BOILLET, L.: «Comment je suis devenu "passeur"», pp. 30 y ss.

EL BAZ, A.: «Le combat sans fin des mineurs marocains», pp. 35 y ss.

Mémoire des luttes.

LEGOUY, VVAA.: Hommage à André, pp. 38 y ss.

Número 82, Octubre 2009:*Dossier: La police et les étrangers (2):*

MOUHANNA, Ch.: «Politique du chiffre et police des étrangers», pp. 3 y ss.

FERRÉ, N.: «Contrôles d'identité: La discrimination légale», pp. 7 y ss.

JOBARD F. y LÉVY, R.: «Les contrôles au faciès à Paris», pp. 11 y ss.

PRUVOST G. y NEVANEN, S.: «Étrangers: Quels policiers prônent la vigilance?», pp. 15 y ss.

CARAYOL, R.: «Chasse à l'homme à Mayotte», pp. 19 y ss.

D'ALLIVY KELLY, D.: «Dénoncer les violences policières. Mais après?», pp. 24 y ss.

Hors-thème:

MADUEÑO HAON, N.: «La frontière ignorée du Mexique», pp. 28 y ss.

MOUSSY, P.: «Pas d'élus étrangers au conseil des prudhommes», pp. 32 y ss.

Cahier de Jurisprudence:

«Droit de solidarité: Les origines», pp. I-VIII.

Mémoire des luttes:

GUERRY, L.: «Les grèves oubliées des immigrants à Marseille», pp. 37 y ss.

C) Estudios publicados en la REVISTA DE DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA durante 2009**Número 20, marzo de 2009:***Artículos:*

ADAM MUÑOZ, M.D.: «El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados», pp. 11 y ss.

SOLANES CORELLA, Á.: «¿Integrando por Ley? de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley Autonómica Valenciana 15/2008», pp. 47 y ss.

VACAS FERNÁNDEZ, F.: «El principio de reciprocidad como condición del reconocimiento del derecho al sufragio de extranjeros en las elecciones municipales en España y sus implicaciones desde el Derecho Internacional», pp. 77 y ss.

Dossier: XIX Encuentro Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo:

AGUELO NAVARRO, P.: «La actuación colectiva de la Abogacía Española en materia de extranjería. La asistencia de oficio (Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española)», pp. 99 y ss.

Estudios jurídicos sobre migraciones internacionales. Tres «revistas afines»

Crónicas de Jurisprudencia:

LORENZO JIMÉNEZ, J.V.: «La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», pp. 201 y ss.

CHUECA SANCHO, Á.G.: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería (Crónica jurisprudencial, 1 de julio de 2007 a 31 de diciembre de 2008)», pp. 231 y ss.

Estudios desde las dos orillas:

ÁLVARES GARCÍA JÚNIOR, A.: «La inmigración en Brasil: aspectos básicos», pp. 287 y ss.

Número 21, Julio de 2009:*Artículos:*

NAIR, P.: «La inmigración islámica o el Otro dentro: Poniendo a prueba los límites de la democracia europea y de la tolerancia».

HERNÁNDEZ CALERO, D.: «Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas».

ARLETTAZ, F.: «La libertad religiosa de los extranjeros en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

Dossier:

CHUECA SANCHO A.G. y AGUELO NAVARRO, P.: «Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009. (Su incidencia sobre las reformas del Derecho Interno Español)».

Estudios desde las dos orillas:

MAESTRE, P.: «Controversia en torno al uso del hiyab en España: El caso de las comisarías de Castellón».

GARCÍA JUAN, L.: «El modelo de integración de las personas inmigrantes en la Comunidad Valenciana, Agencias “AMICS”».

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.
Acreditada como Catedrática.
Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza
(elosegui@unizar.es).

II

La política legislativa de inmigración en Québec y su reflejo en el informe Bouchard-Taylor¹

SUMARIO

I. Introducción.

II. La baja tasa de natalidad como causa de la vigente política de fomento de la inmigración.

III. Datos estadísticos sobre la inmigración reciente.

IV. El proceso de selección de inmigrantes.

V. La situación de conocimiento de francés entre los inmigrantes.

VI. El francés como lengua común de integración exigida a los inmigrantes.

VII. El pacto cívico exigido a los inmigrantes y la cultura pública común.

VIII. El abandono del modelo asimilacionista cara a la integración de la inmigración.

IX. El diseño de un modelo intercultural.

X. Integración colectiva.

XI. La web del Ministerio de Inmigración de Québec.

(1) Agradezco al Ministerio de Asuntos Exteriores de Canadá y al Consejo Internacional de Estudios Canadienses (CIEC) la concesión de una beca de investigación en estudios canadienses, que me ha permitido trabajar en la Universidad de Laval en agosto de 2009, bajo el patrocinio del profesor Guy Laforest. Esta estancia me ha brindado la oportunidad de entrevistarme con distintos académicos de Québec [Universidad de Laval, Universidad de Québec à Montréal (UQAM) y la Universidad de Montréal], entre ellos varios de los que han participado directamente en la elaboración del informe de la Comisión Bouchard-Taylor.

María Elósegui Itxaso

II

SUMARIO

XII. Los principios directores y el contexto legislativo.

XIII. La diversidad como valor añadido como Título del Plan de Acción 2008-2015.

XIV. La legislación sobre los criterios de adquisición de la nacionalidad en Canadá.

XV. Anexo estadístico.

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo queremos aportar los datos sobre la política legislativa actual de inmigración en Québec. Antes de adentrarnos en los pormenores de su regulación jurídica, las estadísticas, sus causas y sus objetivos, destacaremos como punto de partida la valoración positiva que merece la transparencia de dicha política y la información modélica que se aporta al posible inmigrante en la página web del Ministerio de Inmigración de Québec². Los criterios de integración de la inmigración se han diseñado paulatinamente. Muchas de las reflexiones sobre el modelo filosófico intercultural con el que debe ser contemplada la inmigración han sido discutidas en el informe realizado por la Comisión Bouchard-Taylor³.

Comenzaremos por ofrecer una situación descriptiva para analizar posteriormente la política y la filosofía intercultural que subyace a la legislación sobre inmigración⁴.

(2) www.immigration-quebec.gouv.qc.ca/fr/index.html. Ministerio de Inmigración y de las Comunidades Culturales. El análisis de este artículo se centra solamente en los documentos oficiales del Gobierno en relación con la política vigente de inmigración. No es el objetivo de este artículo realizar un estudio sobre la pertinencia o la justicia de los requisitos que se exigen para ser candidato a la inmigración, así como otros problemas posteriores que se plantean una vez que el inmigrante vive ya en Québec, como por ejemplo las políticas de «acomodamiento razonable», el concepto de identidad cultural, etc. Esos temas serán, por mi parte, objeto de otros artículos. Tampoco se hace un análisis de que la causa de la necesidad de inmigración sea un tanto utilitarista y esté basada en la baja tasa de natalidad, porque si nos remontamos a la causa, cabría plantearse si no sería igual de pertinente realizar una inversión de políticas públicas en medidas de conciliación entre vida personal, laboral y familiar que facilitarían a los ciudadanos y ciudadanas de origen tener el número de hijos deseados. De todos modos, ambas políticas son compatibles. Todo ello no cambiaría el juicio de valor global sobre la ejemplaridad de las políticas quebequesas de inmigración. Tampoco por ello se afirma que este modelo sea trasladable a cualquier país, especialmente la política lingüística, que en otros lugares deben obedecer a otras coordenadas, tema en el que no podemos detenernos ahora, dada la extensión limitada de este artículo.

(3) BOCUHARD, Gérard y TAYLOR, Charles: *Fonder l'avenir: le temps de la conciliation, rapport final de la Commission de Consultation sur les Pratiques d'Accommodements Reliés aux Différences Culturelles*, Québec, Editeur officiel du Québec, 2008. Será citado como informe en su versión completa, siguiendo la paginación de la versión francesa. Consta de 310 páginas en su versión completa y de 99 en la versión sintetizada. Fue publicado en el año 2008. Los textos de ambos informes están disponibles en Internet en francés e inglés: <http://www.accommodements.qc.ca>.

(4) La población de Québec se ha creado desde sus orígenes a través de la inmigración. Resulta ilustrativa la síntesis que se ofrece en el nuevo programa oficial de la asignatura de *Historia y educación para la ciudadanía*, que se puede consultar

La política legislativa de inmigración en Québec y su reflejo en el informe Bouchard-Taylor

II

II. LA BAJA TASA DE NATALIDAD COMO CAUSA DE LA VIGENTE POLÍTICA DE FOMENTO DE LA INMIGRACIÓN

La población de Québec consta de 7,6 millones de habitantes, la mitad de la cual (47%) está concentrada en el área metropolitana de Montréal⁵.

Según las perspectivas demográficas, sólo gracias a la población inmigrante se mantendrá la tasa de crecimiento demográfica del país⁶. El aumento de la población se debe en buena medida a la venida de inmigrantes, equilibrando con ello la baja tasa de natalidad (1,5), la cual es similar a la de otros países europeos, como Alemania, Suiza, España, Portugal, Italia y Grecia.

Québec considera que necesita de los inmigrantes para el desarrollo económico del país. De hecho, es un dato fáctico que los inmigrantes aportan un 60% del crecimiento anual económico.

El fenómeno de la inmigración económica a Québec de la segunda mitad del siglo XX comenzó ya en el año 1960, fecha en la que Québec se situó entre los 10 países de la OCDE con mayor inmigración.

La inmigración recibida en Québec no es una inmigración en tránsito a otros países vecinos o una inmigración temporal que retorne a su país de origen. Los datos demuestran que el proyecto de inmigración suele ser definitivo desde sus inicios⁷. Este hecho es significativo para

en la página web del Ministerio de Educación, Ocio y Deporte (MELS): www.mels.gouv.qc.ca/sections/programmeFormation/secondaire2/medias/7b-pfeq_histoire.pdf. En breves palabras, en la p. 66 se ofrece la siguiente síntesis sobre los flujos migratorios: «Le peuplement est un processus en vertu duquel les humains s'approprient un espace qu'ils transforment et auquel ils donnent, au fil du temps, un sens et une organisation particulière. Au Québec, les traces les plus anciennes d'occupation humaine remontent à environ 10.000 av.J.-C.22. Les Autochtones (Amérindiens et Inuits) étaient les premiers occupants du territoire. Ils y vivaient selon un mode de vie et une organisation sociale propres à chaque nation. En 2005, la population autochtone était estimée à près de 83.000 personnes. Au XVI^e siècle, entre 20.000 et 25.000 Autochtones peuplaient le territoire actuel du Québec». Y a continuación en la misma página 66: «Après la Conquête de 1760, la plupart des nouveaux immigrants –Anglais, Écossais et Irlandais– viennent des îles britanniques. Après l'Indépendance américaine, des loyalistes et plus tard, des Américains contribuent au peuplement de la colonie. À la fin du XVIII^e siècle, la population du Bas-Canada s'accroît de façon marquée. Les Canadiens français dont le taux de natalité compte parmi les plus élevés au monde constituent la grande majorité de la population. Par la suite, d'autres vagues d'arrivants se succèdent. Au XIX^e siècle, par exemple, des Irlandais souhaitent échapper aux épidémies et à la famine. Cependant, à la fin de ce siècle et au début du XX^e, au Québec, le solde migratoire est négatif, de nombreux Canadiens français immigrant aux États-Unis. Dans la première moitié du XX^e siècle, des immigrants venus d'Europe, espérant améliorer leur sort, furent persécutés, conflits nationaux et guerres, tandis que d'autres sont motivés par des préoccupations d'ordre économique. Les années qui suivent la Seconde Guerre mondiale connaissent le baby boom et une importante vague d'immigration issue principalement d'Europe. Depuis, le Québec a accueilli des immigrants provenant de toutes les régions du monde. De nos jours, avec un faible taux de natalité, la population du Québec s'accroît surtout grâce à l'immigration».

(5) Los datos que facilitamos a continuación están extraídos de las siguientes fuentes estadísticas oficiales:

Statistics Canada Census.

Ministerio de Inmigración y de las Comunidades Culturales de Québec

Institut de la statistique du Québec: *Données sociodémographiques en bref*, vol. 8, núm. 2, February 2004, 8 pages.

Institut de la statistique du Québec: *Migrations internationales et interprovinciales*, Québec, 1961-2006, 2007.

Institut de la statistique du Québec: *La situation démographique au Québec, bilan 2006*, 88 pages.

(6) Institut de la statistique du Québec: *Perspectives démographiques, Québec et régions, 2001-2051*, 2003.

(7) BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles: *Guide de participation 2007. Accommodements et différences, vers un terrain d'entente: La parole aux citoyens, document de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, Québec, Editeur officiel du Québec, 2008. Versión inglesa. *Participation Guide 2007. Accommodation and Differences*.

la inversión que el Gobierno realiza en las políticas de integración. Los inmigrantes, una vez conseguido el permiso de trabajo, tienden a instalarse en Québec realmente. Una razón de que la inmigración de estos últimos 19 años apenas se traslade a la Canadá anglófona puede deberse en parte a la política de reclutamiento de francófonos, pero las causas son más complejas, ya que, como demostraremos a continuación, una buena parte de los inmigrantes manejan también el inglés antes de su llegada a Québec. Por tanto, otra razón de peso, a juzgar por la información disponible, es la política positiva que se ha propuesto el Gobierno de Québec para integrar y acoger a los inmigrantes.

Como demostración del índice de permanencia están disponibles los siguientes datos. Entre el año 1997 y el año 2006 han sido admitidos 363.600 inmigrantes. De ellos 292.000 siguen viviendo en Québec a fecha de febrero de 2008, lo que representa una tasa de presencia de un 80,4%. Esto ha aumentado en relación con los años anteriores. Este porcentaje es similar al de Australia, Estados Unidos y Nueva Zelanda, según estadísticas recientes⁸.

Los inmigrantes constituyen un 9,9% de la población en todo Québec y 19% de la población de Montréal⁹. Para comparar la situación de concentración de inmigrantes en el área de Montréal con otras grandes ciudades resultan ilustrativos los actuales porcentajes: el área de Montréal, que agrupa varios municipios, tiene un 19% de inmigrantes, mientras que el dato aumenta a 27,6% si se trata de la Isla de Montréal. Por su parte, otras ciudades dentro de Canadá, como Toronto, arrojan el dato de un 44% de inmigrantes, y Vancouver de un 38%. A pesar de ello, en Québec la proporción de inmigrantes es mayor que la media en otros países desarrollados.

Existen otras capitales con una gran concentración de inmigrantes, como, por ejemplo, París (17,2%), Londres (39,6%), Nueva York (14,3%) o Sydney (30,1%).

La tasa de paro del conjunto de la población se ha mantenido estable entre el año 2007 y 2008 (7,2%). En el año 2006, era de 8%.

La tasa de paro entre los inmigrantes es de 11,15% en 2008, lo que muestra un ligero aumento con respecto a 2007, que era de 10,5%. Aunque era más elevada en el año 2006 (12,7%).

La tasa de paro de inmigrantes de larga duración (que lleven en Québec más de 10 años) es de 8,1%, más baja que la tasa de 2007 (9,3%). De los 30.000 nuevos empleos creados en Québec

rences. Seeking Common Ground: Québécois Speak Out. Commission de Consultation sur les Pratiques d'Accommodements Reliées aux Différences Culturelles: www.accommodements.qc.ca/documentation/guide-participation-en.html. Información que se proporciona en este documento, extraída de las fuentes oficiales, cuyos datos hemos cotejado, por nuestra parte, a su vez con dichas fuentes oficiales, siendo absolutamente coincidentes.

(8) Información de estadísticas oficial en: www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/recherches-statistiques/Note_synthese_Immigration.pdf. Otra fuente estadística se encuentra en la página web del Ministerio de Inmigración y Comunidades Culturales. *Tableaux sur l'immigration au Québec, 2003-2007*. Montréal, Gouvernement du Québec, mars 2008. Ce document a été conçu et réalisé par la Direction de la recherche et de l'analyse prospective du ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles: http://www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/recherches-statistiques/Immigration_Qc_2003-2007.pdf.

(9) BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles: *Guide de participation 2007. Accommodements et différences, vers un terrain d'entente: La parole aux citoyens, document de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences, vers un terrain d'entente: La parole aux citoyens, document de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 2008. Versión inglesa. *Participation Guide 2007. Accommodation and Differences. Seeking Common Ground: Québécois Speak Out. Commission de Consultation sur les Pratiques d'Accommodements Reliées aux Différences Culturelles: www.accommodements.qc.ca/documentation/guide-participation-en.html.*

La política legislativa de inmigración en Québec y su reflejo en el informe Bouchard-Taylor

II

en el año 2008, 5.800 han colocado a personas inmigrantes, lo que representa un 19,3% de los nuevos empleos creados, mientras que su peso en la población es del 13%.

III. DATOS ESTADÍSTICOS SOBRE LA INMIGRACIÓN RECIENTE

En 2008, Québec ha acogido a 45.264 inmigrantes, un número ligeramente superior al de 2007, cuyas cifras fueron de 45.201, y al de 2006, con 44.681 inmigrantes.

La inmigración permanente se divide en cuatro grandes categorías (incluyendo a los solicitantes principales más sus cónyuges e hijos). La categorización de la inmigración según los datos del año 2008 es la siguiente.

- Inmigración económica: 65%.
- Reagrupación familiar: 23,2%.
- Refugiados y personas en situación similar: 10%.
- Otros inmigrantes (motivos humanitarios o de interés público): 1,8%¹⁰.

Existen otras tres categorías según el tiempo de permanencia: trabajadores temporales, estudiantes extranjeros y nacionales extranjeros que acuden para tratamientos médicos.

De todos los inmigrantes, un 72,2% acceden a través de un proceso de inmigración seleccionada, el cual será analizado en otro epígrafe.

Las características de la población de inmigrantes permanentes son las siguientes:

- Son jóvenes: ya que el 69,9% son personas menores de 35 años.
- Hay un balance equilibrado entre hombres y mujeres.
- Más de la mitad (60,4%) declaran conocer el francés. Para los trabajadores seleccionados esta proporción es más alta (75,6%). Se trata del conocimiento de francés según los ficheros de admisión (autodeclaración). Los datos coinciden con la realidad. Una investigación reciente entre las declaraciones en el momento de la admisión y el nivel de conocimiento de francés medido en el proceso de selección demuestra una fuerte coincidencia entre lo que figura en la ficha de admisión y los datos en el proceso de selección.
- Están escolarizados: de hecho más de dos tercios (67%) poseen 14 años de escolarización (entre las personas mayores de 15 años en adelante).
- Están destinados al mercado de trabajo (75,8%).
- Según los continentes de procedencia se reparten como sigue: África, 30% (de entre ellos, corresponde al Magreb el 17,7%), Asia 28,1%, América 22,7% y Europa 18,6%.

Québec se caracteriza por la diversidad etnocultural, acrecentada en la actualidad. El censo de inmigrantes en diciembre de 2006 en Québec arroja la cifra total de 851.560 inmigrantes. Es

(10) Información del Ministerio de Inmigración: www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/recherches-statistiques/Note_synthese_Immigration.pdf. Los datos de 2006, recogidos en la guía de consulta de la Comisión Bouchard-Taylor son: refugiados 16%, inmigrantes económicos 58%, reunificación familiar 23% y otros motivos 3%.

la mayor proporción en su historia, un 11,5%, mientras que en el año 2001 era de un 9,9%. La media en el resto de Canadá es de un 19,8%, de 23,3% en Ontario y de un 27,5% en la Columbia-Británica. Dentro de Québec, la mayoría de la inmigración (86,9%) se concentra en la zona metropolitana de Montréal.

El concepto de «minorías visibles» describe a todas las personas, nacidas en Canadá o en el extranjero, que declaran pertenecer a un grupo minoritario visible. En el año 2001, 497.975 personas declararon pertenecer a una minoría visible en Québec, es decir, el 7% de la población total.

Según el censo de 2006, la proporción de población quebequesa que pertenece a una minoría visible¹¹ es de 8,8% (654.350 personas), comparativamente a 7% (497.975) en el año 2001. Los grupos de minorías visibles más numerosos son los negros (28,7% del total de minorías visibles), los árabes (16,7%) y los latinoamericanos (13,7%).

La población de minorías visibles está compuesta por 196.810 nativos¹² (30,1%), de 428.140 inmigrantes (65,4%) y de 29.395 de residentes no permanentes (4,5%).

La población de minorías visibles mayores de 15 años está compuesta por 492.530 personas. De ese número 84,1% forman parte de la primera generación, 13,8% de la segunda y 2,1% de la tercera generación o más.

Más del 90% de los miembros de esas minorías visibles de Québec viven en la zona metropolitana de Montréal, lo que supone un 16,5% de la población total¹³.

IV. EL PROCESO DE SELECCIÓN DE INMIGRANTES

La inmigración ha sido un campo de competencias compartidas entre el Gobierno central (Ottawa) y Québec. Sin embargo, a partir del acuerdo Cullen-Couture de 1978, Québec consiguió más competencias para seleccionar a los inmigrantes (criterios, número, composición). En 1990 se añadieron dos nuevos acuerdos sobre inmigrantes inversores y residentes que todavía no fueran nacionales¹⁴.

(11) La definición de minoría visible está extraída de *Caractéristiques de la population des communautés culturelles – Statistiques*, Montréal, Gouvernement du Québec, 2006, p.7.

(12) Hay que tener en cuenta que todos los nacidos en Canadá se consideran nacionales canadienses y, además, que los residentes permanentes a los 3 años puede adquirir la nacionalidad. Es decir, estos nativos pueden ser hijos de padres inmigrantes o inmigrantes naturalizados. Remito al último epígrafe sobre la adquisición de la nacionalidad.

(13) Información del Ministerio de Inmigración: www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/recherches-statistiques/Note_synthese_Immigration.pdf.

(14) *Enoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration*: <http://www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/ministere/Enonce-politique-immigration-integration-Quebec1991.pdf> p. 23; «L'Entente Cloutier-Lang (1971), accorde un rôle d'informateurs aux agents québécois à l'étranger en vertu duquel il leur est possible de sensibiliser les candidats à l'immigration à la réalité particulière du Québec au sein du Canada. L'Entente Bienvenue-Andras (1975) transforme ce rôle en celui de conseiller de la partie fédérale pour les candidats désireux de venir au Québec. En 1978, l'Entente Canada-Québec en matière d'immigration et de sélection des ressortissants étrangers — mieux connue sous le nom de ses deux signataires, les ministres Couture et Cullen. Enfin, au début de 1990, le Québec et le Canada concluent une entente complémentaire à l'Entente Couture-Cullen, qui a pour objet de convenir de définitions applicables à la sélection des candidats à l'immigration de la

La política legislativa de inmigración en Québec y su reflejo en el informe Bouchard-Taylor

II

Québec tiene responsabilidad total sobre los siguientes temas: el número de inmigrantes que quiere admitir, la selección de candidatos de inmigrantes económicos, la selección de refugiados que viven fuera, y sobre la organización de la recepción y de los servicios de integración.

Por su parte, Canadá es responsable de los permisos de reunificación familiar y de los refugiados que ya viven en Canadá habiendo obtenido el estatus de residencia permanente.

Desde 1992, Québec organiza la inmigración con un plan de 3 años en el que establece el número de inmigrantes, el país o la región de origen. Este plan pasa por un proceso de consulta pública.

Los datos del número planificado de inmigrantes previsto para 2007 fueron de entre 43.000 y 47.000. La media de aceptación real ha sido de 38.000 entre 2001 y 2003, y 44.000 entre 2004 y 2006. En los últimos 5 años Québec ha seleccionado a dos tercios de sus inmigrantes.

V. LA SITUACIÓN DEL CONOCIMIENTO DE FRANCÉS ENTRE LOS INMIGRANTES

Entre 1980 y 1984, un 38% de los recién llegados conocían francés o eran bilingües, lo que ascendió a 50% en el período de 2000-2004.

Entre 2001 y 2003, 2004 y 2006, los francófonos ascendieron a 49% y 57%. Es con el censo de 1991 que se pudo observar por primera vez que la proporción de población inmigrante censada en Québec que conoce el francés era mayor que la que conoce el inglés (70,7% contra 67,7%).

En el año 2001 se alcanzó la cifra de un 74% de francoparlantes, lo cual es un cambio sustantivo si se piensa en la cifra de un 47% de 1971¹⁵.

Esto es fruto de la nueva política de inmigración de Québec, que comienza a exigir seriamente el conocimiento de francés como condición para adquirir el permiso de residencia como inmigrante económico, al observar el peligro que suponía que los inmigrantes se sumaran a la población anglófona, y que la francofonía fuera en retroceso. Esta política ha sido muy eficaz¹⁶.

En el censo de 2006, el 77,6% del total de personas inmigrantes conocía el francés frente al 67,7% que hablaba inglés. El 50,3% sabía tanto francés como inglés. Tres personas sobre cuatro (74,5%) declaran conocer el francés, entre los inmigrantes para los que su lengua materna es una tercera (diferente del francés o inglés). Entre éstos, un 48,3% conoce tanto el francés, como el inglés.

catégorie des investisseurs et de préciser les modalités de sélection de ces candidats. En vertu de l'Entente Couture-Cullen, le Québec a acquis le pouvoir de sélectionner, à l'étranger, conjointement avec les services d'immigration canadiens, les candidats désireux de s'établir de manière permanente sur son territoire et de contrôler le mouvement d'immigration temporaire, constitué principalement de travailleurs et d'étudiants. Dans le cas de l'immigration permanente, le Québec délivre des certificats de sélection, alors que le gouvernement fédéral délivre des visas d'immigration accordant le droit d'établissement, après les enquêtes statutaires relatives à la santé et à la sécurité nationale. À partir de ce moment, le Québec a donc pu, tout en respectant la Loi canadienne sur l'immigration, déterminer ses propres objectifs quant au volume et aux composantes du mouvement d'immigration à destination de son territoire».

(15) BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles: *Guide de participation 2007*, o.c.

(16) Queda patente su diseño y evolución en el *Enoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration*. En las pp. 12-14 se detalla la evolución del conocimiento de francés en los inmigrantes.

La proporción de franceses de origen étnico, refiriéndonos ahora al total de la población que son francófonos de origen canadiense, ha descendido a 70% en 2007. Una parte de la población habla francés como lengua materna pero proviene de otros países francófonos (Magreb, África subsahariana, Líbano, Haití). La proporción de quebequeses con francés como lengua materna era de 81,4% en 1986 y de 80,9% en 2001¹⁷.

VI. EL FRANCÉS COMO LENGUA COMÚN DE INTEGRACIÓN EXIGIDA A LOS INMIGRANTES

El francés es la lengua oficial de Québec. En la Carta de la lengua francesa (*Charte de la langue française*) adoptada en 1977 (Loi 101) se establece que «El francés es la lengua del Gobierno y del Derecho así como la lengua normal y cotidiana en el trabajo, en la educación, en los medios de comunicación, en el comercio y en los negocios. La política de Québec promueve el francés como lengua pública común. Eso no afecta a la lengua que los individuos utilicen en su casa y en sus vidas privadas».

A su vez, fruto de una clara decisión y voluntad política el francés es la lengua de integración (Chapter VIII de la Carta de la lengua francesa). Es la lengua de enseñanza en las escuelas públicas de Québec, convirtiéndose en la lengua que permite comunicarse entre todos, incluidos los inmigrantes.

A su vez se respetan las lenguas minoritarias en su territorio (los derechos de los anglófonos, amerindios e inuits, siendo los aborígenes en la actualidad un total de 80.000 en Québec).

La política de integración de los inmigrantes de Québec fue definiendo paulatinamente su modelo. En 1981 se publicó el documento *Québécois-Each and every One* (Action Plan for the cultural communities)¹⁸. Es el primer documento que utiliza el término «Comunidad cultural»¹⁹ (*Communauté culturelle, cultural community*). Los tres conceptos claves definidos en éste son:

1. Québec se define como una nación de lengua francesa.
2. La cultura francesa es el punto focal de convergencia entre las minorías culturales, que debe preservarse original y viva con independencia de las otras lenguas en las que se expresen.
3. Los tres objetivos del plan de acción son:
 - a) Asegurar el mantenimiento y el desarrollo de las comunidades culturales.
 - b) Aumentar la conciencia entre franco y angloparlantes sobre la contribución de las comunidades culturales.
 - c) Buscar la integración en la sociedad de Québec de las comunidades culturales, especialmente en sectores en los que están infrarrepresentadas, por ejemplo, en el servicio público.

(17) Se puede consultar los datos sobre las lenguas maternas de los inmigrantes en Tableaux sur l'immigration au Québec. 2003-2007: http://www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/recherches-statistiques/Immigration_Qc_2003-2007.pdf. p. 14. Tableau 6 Immigrants admis au Québec selon la langue maternelle et le sexe, 2003-2007. p. 19. Tableau 9a Immigrants admis au Québec selon les 15 principaux pays de naissance, 2003-2007 et 2007.

(18) *Québécois-Each and every One* (Action Plan for the cultural communities), Québec, 1981, 78 páginas.

(19) Se entiende por comunidades culturales los grupos de inmigrantes europeos que no son ni francófonos ni ingleses de origen italiano, griego, alemán, polaco, portugués, ruso, etc.

La política legislativa de inmigración en Québec y su reflejo en el informe Bouchard-Taylor

II

Un segundo texto fundamental es el denominado «*Énoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration*» adoptado en 1990²⁰. En ese documento se propone «un contrato moral» en un espíritu de reciprocidad entre la sociedad de acogida y los recién llegados²¹. Las bases son la aceptación de los valores de una democracia liberal y el francés como idioma común en la esfera pública.

El *Énoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration* estipula que:

1. Québec es una sociedad en la que el francés es la lengua común de la vida pública.
2. Es una sociedad democrática que espera y anima a los ciudadanos a contribuir y participar en ella.
3. Una sociedad pluralista, abierta a las contribuciones culturales dentro de los límites impuestos por el respeto hacia los valores básicos democráticos y por la necesidad del diálogo intercomunicativo²².

Estos principios del pacto moral de 1990 continúan estando vigentes²³. La lectura de este documento, pasados 19 años, sigue siendo imprescindible. Constituye en la actualidad un punto clave de la filosofía que subyace al modelo migratorio de Québec, haciendo gala de una claridad envidiable.

VII. EL PACTO CÍVICO EXIGIDO A LOS INMIGRANTES Y LA CULTURA PÚBLICA COMÚN

El pacto moral consiste en que los inmigrantes deben firmar un acuerdo durante el proceso de selección antes de obtener el permiso de trabajo, caso de que sean seleccionados para obtener el permiso de residencia permanente. Los contenidos de este pacto se centran en el conocimiento de las cartas de derechos, concretamente: la Carta de Derechos Humanos y Libertades de Québec de 1975²⁴, la Constitution Act of Canadá de 1982, y la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948. Además, deben asumir los objetivos de los dos documentos que hemos citado en el epígrafe anterior, el de 1981 y el de 1990. Ese marco legal se convierte en el marco común de integración entre los inmigrantes y la sociedad de acogida.

El inmigrante debe conocer y aceptar que Québec es una democracia liberal porque sus representantes son elegidos democráticamente, y porque defiende los derechos y libertades individuales²⁵. A su vez, en el preámbulo de la Carta de Derechos de Québec se señala que «los dere-

(20) *Au Québec pour vivre ensemble. Énoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration*, Ministère des Communautés culturelles et d'immigration, 1990.

(21) *Énoncé*, p. 16.

(22) *Énoncé*, p. 15. y BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles: *Guide de participation 2007*, o.c., p. 15.

(23) BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles: *Guide de participation 2007*, o.c., p. 15.

(24) La carta de Derechos de Québec de 1975 estableció una Comisión de derechos de la persona.

(25) BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles: *Guide de participation 2007*, o.c., p. 12.

chos y libertades de las personas humanas son inseparables de los derechos y libertades de los otros y del bienestar común»²⁶.

Por tanto, el consenso en estos valores básicos propios de una sociedad democrática pluralista son: el respeto por las libertades individuales, la solidaridad, la participación cívica, la democracia igualitaria (particularmente entre hombres y mujeres), el pluralismo, el francés como lengua común de la esfera pública, el secularismo, y el pacifismo (el antimilitarismo y la resolución pacífica de conflictos).

VIII. EL ABANDONO DEL MODELO ASIMILACIONISTA CARA A LA INTEGRACIÓN DE LA INMIGRACIÓN

En el informe de la Comisión Bouchard-Taylor se explican las razones por las que Québec ha optado por un modelo intercultural y su definición²⁷.

A continuación señalaremos someramente de qué modo afecta la interculturalidad al modelo de integración de los inmigrantes.

Québec es una sociedad democrática pluralista en la que se respetan los derechos humanos y las diferencias culturales.

Existe una nueva sensibilidad en los países occidentales hacia el respeto de los derechos de las minorías, entre otras razones a raíz de los movimientos de descolonización de la segunda mitad del siglo XX y de los horrores de la Segunda Guerra Mundial. Es imposible volver al viejo modelo de asimilación de los inmigrantes, que lleva a que pierdan su cultura de origen, o bien a la exclusión.

Québec ha ido abandonando el modelo asimilacionista de 1960, que prácticamente no reconocía más que la nación franco-canadiense en su territorio. En las últimas décadas ha promovido el interculturalismo, que intenta conciliar en pie de igualdad dos elementos que resultan en principio difíciles de armonizar; a saber, el respeto por la diversidad y el imperativo de una integración colectiva. Entre esos dos polos se crea una tensión creativa que debe ser una fuente de flexibilidad y adaptación²⁸.

En este punto el documento de consulta que fue el marco del debate público en la Comisión Bouchard-Taylor trata de marcar unas diferencias entre el interculturalismo de Québec y el modelo multicultural de Canadá.

Este último estaría más centrado en el respeto a la diversidad que en la búsqueda de la integración²⁹. Aunque los dos modelos han evolucionado convergiendo prácticamente, el interculturalismo de Québec sigue insistiendo en su originalidad como una forma de pluralismo. El punto

(26) BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles: *Guide de participation 2007*, o.c., p. 13.

(27) Para una discusión sobre la elección de este modelo, confróntese ELÓSEGUI, M: «El modelo de interculturalidad en el informe de la Comisión Bouchard-Taylor para Québec», *Claves de Razón Práctica*, 2009, en prensa.

(28) BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles: *Guide de participation 2007*, o.c., p. 19.

(29) BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles: *Guide de participation 2007*, o.c., p. 19.

La política legislativa de inmigración en Québec y su reflejo en el informe Bouchard-Taylor

II

clave es que el elemento integrador lo constituye la lengua francesa y la aceptación del sistema democrático.

Contiene, además, la idea de que, con el paso del tiempo y conforme a una dinámica transcultural, cada cultura toma prestado algo de las demás y contribuye al desarrollo de la cultura de Québec, a la vez que preserva su especificidad.

IX. EL DISEÑO DE UN MODELO INTERCULTURAL

En la página web del Ministerio de Inmigración se explica el cuadro legal a través del cual se ha definido un modelo de interculturalidad que afecta directamente a la política de inmigración³⁰. En la información oficial proporcionada por el Gobierno hacen suyas las siguientes diferencias entre el multiculturalismo y el interculturalismo, extraídas del *Reseau International sur la politique culturelle*³¹: «Hoy en día podemos decir que numerosas sociedades de todo el mundo son multiculturales. La migración, el movimiento de personas así como la inmigración han remodelado la sociedad.

El multiculturalismo apunta a ser una respuesta a la realidad de la sociedad actual. Toma en cuenta culturas nuevas pero no establece vínculos reales entre la cultura receptora/de referencia y la nueva cultura que aportan los ciudadanos recién llegados. Hasta el momento, los principios y las políticas del multiculturalismo se han centrado en lo siguiente: El reconocimiento por parte del Estado de la pluralidad cultural que existe en el seno de la sociedad; la disminución de los obstáculos que impiden la participación social de los grupos culturales marginados; el respaldo a la reproducción de culturas.

En cierta medida, el multiculturalismo es un agregado de diferentes particularidades culturales sin la existencia de una verdadera coherencia entre las partes de un todo sumamente fragmentado.

Por lo tanto, la pregunta que surge es: ¿es aún adecuado emplear el modelo de multiculturalismo, nacido en el siglo XIX, en un mundo donde todos buscan valores y códigos que les permitan garantizar el establecimiento de buenas relaciones con los demás y con la sociedad?»³².

Como contraste, «el enfoque intercultural se caracteriza por tres etapas:

Descentralización: tomar una perspectiva más distante de uno mismo, intentar definir los marcos de referencia propios como un individuo con una cultura y subculturas combinadas en el propio desarrollo personal. A través de esa reflexión sobre uno mismo, darse cuenta de lo que es relativo en las observaciones que uno hace e interpretar las referencias de lectura propias.

Penetración del sistema del otro: salirse de uno mismo para ver las cosas desde la perspectiva del otro. Es una actitud de apertura, un esfuerzo personal de indagación.

(30) Para un estudio más profundo de sus raíces filosóficas y también de los posibles problemas que plantea, a raíz del informe Bouchard-Taylor, en el contexto de las relaciones Canadá-Québec, etc., remito al artículo ELÓSEGUI, María: «El modelo de interculturalidad en el informe Bouchard-Taylor para Québec», *Claves de Razón Práctica* (2009), en prensa.

(31) *Reseau International sur la politique culturelle*: www.incp-ripc.org/meetings/2002/newissues_f.shtml.

(32) *Idem*.

Negociación: encontrar la avenencia y la comprensión mínimas y necesarias para evitar una confrontación.

Más en concreto, la interculturalidad puede producirse en dos formas importantes a fin de garantizar el aprendizaje de las realidades de la cultura propia y no sólo las nociones y discursos correspondientes a la cultura del otro.

Aprendizaje intercultural: conocer al otro con el fin de mejorar la comunicación y fomentar el aprendizaje y la comprensión de la cultura del otro.

Intercambios con el país de origen: establecer una capacitación conjunta entre los actores del país de origen y los del país receptor»³³.

X. INTEGRACIÓN COLECTIVA

El término integración está interpretado en la guía de consulta del informe Bouchard-Taylor de un modo positivo, no en un sentido asimilacionista³⁴. La integración significa que una comunidad, al darse sus leyes, debe organizar sus instituciones y relaciones sociales y culturales, de un modo en el que apoye al mayor número posible de sus miembros. La política de integración de Québec promueve que el inmigrante mantenga la lengua de origen y desarrolle todo lo relacionado con su propia cultura de origen. Éste es uno de los puntos que se desarrollan en el informe de la Comisión Bouchard-Taylor, como una característica del «pluralismo integrador» del modelo intercultural de Québec³⁵.

Al anunciar la creación de la Comisión de consulta sobre las prácticas de acomodación relacionadas con las diferencias culturales, el Primer Ministro Jean Charest explicó su visión del debate y recordó los valores presentes en la sociedad de Québec. Los valores fundamentales son: la igualdad entre mujeres y hombres, la primacía del francés y la separación entre la Iglesia y el Estado. Éstos no pueden ser objeto de ningún acomodamiento, ni pueden subordinarse a ningún otro principio: «El Québec es una sociedad de acogida. Los que llegan por primera vez, como quienes les precedieron, vienen a Québec para compartir nuestros logros, vivir libremente y construirse una nueva vida. Vienen a enriquecer a Québec con su saber y su cultura y a construir el Québec junto con el resto de quebequeses. A su vez, cada uno de ellos tiene la responsabilidad de integrarse en nuestra nación. Eso significa que deben comprometerse a adherirse a nuestros valores fundamentales. En contrapartida, nosotros, como sociedad de acogida, tenemos también una responsabilidad: debemos abrirnos a sus diferencias. Nuestra diversidad es una de nuestras grandes riquezas»³⁶.

El individuo también establece sus opciones y elecciones para participar plenamente como ciudadano en la vida de la sociedad. La integración en Québec se traza según un modelo de filosofía

(33) *Idem*.

(34) BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles: *Guide de participation 2007*, o.c., p. 14.

(35) BOUCHARD, Gérard y TAYLOR, Charles: *Fonder l'avenir: le temps de la conciliation, rapport final de la Commission de Consultation sur les Pratiques d'Accommodements Reliées aux Différences Culturelles*, p. 108 y p. 114.

(36) CHAREST, Jean: Primer Ministro de Québec. Comunicado de la Sala de prensa de 8 de febrero de 2007: www.premier-ministre.gouv.qc.ca/salle-de-presse/communiqués/2007/fevrier/2007-02-08.shtml.

La política legislativa de inmigración en Québec y su reflejo en el informe Bouchard-Taylor

II

intercultural y se apoya en unas relaciones sociales equitativas. No basta defender la diversidad porque la mayoría puede acabar discriminando a las minorías. De ahí que sea necesario un esfuerzo para igualar las oportunidades de las minorías y de los inmigrantes, evitando también los estereotipos, el subempleo, el racismo y la marginalización.

En el caso de los inmigrantes la clave para su integración es la integración ocupacional. Hay que tener en cuenta que precisamente la política de reclutamiento de inmigrantes en Québec se basa en su previa preparación profesional. Si al llegar a Québec se los subemplea esto constituye un claro signo de discriminación. Según los datos del censo de inmigración, en 2001, los inmigrantes de Québec tenían más preparación que los nativos quebequeses (22% tienen un título universitario, frente al 13% del resto de la población).

Existe una discriminación mayor de los inmigrantes de origen africano, aun teniendo un mismo nivel de preparación³⁷. Su índice de pobreza es mayor que el de los demás ciudadanos. También hay una baja presencia de minorías étnicas en la Administración pública (2,5%)³⁸.

XI. LA WEB DEL MINISTERIO DE INMIGRACIÓN DE QUÉBEC

Queremos destacar en este artículo, como un modelo de buena práctica imitable, la claridad del proceso de inmigración en Québec y la documentación que se proporciona al inmigrante a través de su página web³⁹. Todo lo que hemos señalado anteriormente que se enuncia tanto en el *Enoncé* como en el informe de la Comisión Bouchard-Taylor podría haber sido algo meramente teórico. Sin embargo, una investigación en profundidad de toda la documentación aportada a través de la web de Ministerio de Inmigración de Québec confirma que la teoría impregna las políticas legislativas. Para comenzar, todo el procedimiento se puede hacer directamente a través de la web con el Ministerio sin necesidad de agencias intermediarias. Se proporciona al inmigrante un test preliminar anónimo por el que podrá evaluar si su solicitud tiene o no posibilidades de éxito⁴⁰. Además, el proceso de selección se realiza en el país de origen del solicitante de un permiso de trabajo para inmigrar. En el *Enoncé* se anuncian las reglas del baremo que

(37) Una de las causas es que parte de la población de color proviene de la época de esclavitud de La Nouvelle-France. Cfr., *Vers une politique gouvernementale de lutte contre le racisme et la discrimination. Document de consultation Pour la pleine participation des Québécoises et des Québécois des communautés culturelles*, junio de 2006, Montréal, Gouvernement du Québec, 2006, 69 pp. Aquí, p. 9, sobre discriminación racial contra la población negra «Des traces de racisme et de discrimination apparaissent dès la période de la Nouvelle-France, en particulier avec l'esclavage des Autochtones et des Noirs. Ce n'est pas un phénomène propre au Québec puisque le racisme des sociétés occidentales modernes est né et s'est développé avec l'aventure coloniale. En cela, les ancêtres des Québécois modernes n'ont fait que partager les idéologies et les pratiques du reste du monde occidental, sous des formes et à des degrés divers en raison de leur contexte économique, social et culturel spécifique». Disponible en www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/dossiers/Consultation-Politique-Lutte-Racisme.pdf.

(38) Aquí el informe de la Comisión Bouchard-Taylor habla de minorías étnicas. Es confuso porque no se sabe si se está refiriendo a la inmigración o a todas las minorías étnicas. Por el contexto se deduce que se refiere a la inmigración.

(39) www.immigration-quebec.gouv.qc.ca/fr/index.html.

(40) Cfr., *L'évaluation préliminaire d'immigration* ne comporte aucune information nominative permettant de vous identifier. Vous remplissez la demande de façon anonyme. Cette évaluation tient compte du programme de sélection auquel vous pourriez être admissible et porte sur les sept critères suivants : votre profil, votre formation, votre expérience professionnelle, vos connaissances du français et de l'anglais, vos liens avec le Québec et les séjours que vous y avez effectués, une offre d'emploi obtenue, faite par un employeur du Québec, ainsi que les données se rapportant à l'époux ou au conjoint de fait qui vous accompagne. En www.immigration-quebec.gouv.qc.ca/fr/index.html.

se va a aplicar ⁴¹. A continuación figuran todos los textos legales y documentos necesarios para que el inmigrante sepa cuáles son los valores comunes que debe aceptar y de que está obligado a formular expresamente su aceptación, caso de que sea seleccionado para inmigrar. Además se establece el modelo intercultural de Québec, con su idiosincrasia; los valores comunes de Québec están claramente delimitados⁴²:

El Québec es una sociedad de expresión francesa, democrática y plural basada en la primacía del derecho. El Estado de Québec y sus instituciones son laicas.

El Québec acoge a personas inmigrantes que provienen de todos los continentes, teniendo en cuenta su *savoir-faire*, sus competencias, su lengua, su cultura y su religión. El Québec ofrece servicios a esas personas para facilitarles su integración y su plena participación en la sociedad quebequesa. Integrarse en la sociedad quebequesa es estar dispuesto a conocer y respetar los valores comunes.

Los principales valores comunes que son el fundamento de la sociedad de Québec son los siguientes:

La necesidad de hablar francés en Québec.

El Québec es una sociedad libre y democrática.

Québec es un Estado laico.

El Québec es una sociedad pluralista.

La sociedad de Québec esta basada en la primacía del Derecho.

Las mujeres y los hombres tienen los mismos derechos.

El ejercicio de los derechos y libertades de la persona debe hacerse con el respeto a los derechos y al bienestar general.

(41) *Énoncé*, p. 28: «Chaque facteur permet aux candidats d'obtenir un certain nombre de points, établis selon les caractéristiques de la candidature. Ces facteurs sont: l'instruction (de 0 à 11 points); l'emploi (0, 1 ou 15 points, selon le cas); la préparation professionnelle spécifique (de 2 à 10 points); l'expérience professionnelle (de 0 à 10 points); l'âge (de 0 à 10 points); la connaissance du français (de 0 à 15 points); la connaissance de l'anglais (de 0 à 2 points); l'adaptabilité (de 0 à 22 points); la présence d'un ami ou d'un parent au Québec (5 points). En outre, un maximum de 8 points peuvent être attribués en fonction de certains critères: la connaissance du français par le conjoint (4 points), la profession du conjoint (4 points) et la présence d'enfants de moins de 12 ans (4 points). Des points forfaitaires sont en outre alloués lorsque des candidats sont parrainés par des membres de leur famille (de 15 à 30 points, selon le degré de parenté et le statut du parrain). Il en va de même pour les gens d'affaires (20 points pour les travailleurs autonomes et 25 points pour les entrepreneurs ou les investisseurs). Pour être accepté, un candidat doit totaliser 50 points s'il appartient à la sous-catégorie «gens d'affaires» ou s'il détient une offre d'emploi validée; si l'emploi qu'il compte occuper au Québec est inscrit dans le *Guide d'emploi du Québec*, il doit alors obtenir 60 points. Pour la sous-catégorie «parents aidés», le total de points requis est également de 50. Pour leur part, les candidats retraités sont évalués en fonction de leur capacité financière à assumer leurs besoins et ceux des dépendants les accompagnant. Par ailleurs, sauf pour les gens d'affaires et les retraités, les critères «emploi» et «adaptabilité professionnelle» sont éliminatoires: tout candidat qui ne reçoit pas de point à l'un ou l'autre de ces facteurs est refusé, quel que soit le total des points obtenus».

(42) Le Québec accueille des personnes immigrantes avec leur savoir-faire, leurs compétences, leur langue, leur culture et leur religion. Le Québec offre des services à ces personnes pour faciliter leur intégration et leur pleine participation à la société québécoise. S'intégrer à la société québécoise, c'est être prêt à connaître et à respecter ses valeurs communes. Veuillez consulter l'information relative aux valeurs communes de la société québécoise à l'adresse suivante: www.valeurs-communesduquebec.gouv.qc.ca.

La política legislativa de inmigración en Québec y su reflejo en el informe Bouchard-Taylor

II

Con el fin de facilitar la integración de personas inmigrantes recién llegadas a Québec, el Ministerio, en colaboración con diferentes organismos, ofrece la sesión de información «Vivir juntos en Québec». Impartida en francés, esta sesión permite aprender los valores comunes en Québec y las formas en que son vividos en la vida cotidiana.

Se ha creado un plan de medidas para reforzar la integración, promoviendo los valores comunes de la sociedad de Québec y otorgando valor a la diversidad.

La sociedad quebequesa, que vive la hora de su interculturalidad, disfruta plenamente de su riqueza social, política, cultural y económica, la diversidad y la multiplicidad de pertenencias.

El reto de una sociedad es, en primer lugar, un reto colectivo; asegurar la armonía favoreciendo la apropiación de valores y de principios de acción que reúnan al conjunto de las ciudadanas y los ciudadanos. Este reto se realiza con el respeto de las diferencias personales, culturales y religiosas.

El Québec intercultural se construye sobre los valores y principios de acción que fundan la cohesión social de la sociedad. Cada persona tiene la responsabilidad de adecuar su vida pública y en ocasiones su vida privada a estos valores. Estos valores y principios se concretan en los siguientes documentos:

La Carta de derechos y libertades de la persona. Es una ley fundamental cuyo eje es el respeto de la dignidad de todo ser humano que la carta afirma y protege, para toda persona, las libertades y los derechos fundamentales, el derecho a la igualdad sin discriminación así como los derechos políticos, judiciales, económicos y sociales.

La Carta de la lengua francesa. Permite al pueblo quebequés expresar su identidad haciendo del francés la lengua del Gobierno y de los textos legales así como la lengua normal y habitual del trabajo, de la enseñanza, de las comunicaciones, del comercio y de los negocios.

El Código Civil, de tradición francesa, rige a las personas, las relaciones entre éstas así como sus bienes. El código está constituido por un conjunto de reglas que establece el derecho común. Expresa en términos formales: la inviolabilidad y la integridad de la persona, los derechos de los niños, la dirección moral y material conjunto de la familia y la autoridad de los padres, etc.

El Código Penal, de tradición británica, es la ley de jurisdicción federal que codifica el conjunto de sanciones penales impuestas en virtud de la autoridad soberana del Estado para las infracciones criminales en materia penal: agresiones sexuales, homicidios, robos, propaganda racista, etc.

El *Enoncé* de políticas en materia de inmigración e integración estipula que las instituciones públicas, parapúblicas y privadas deben ajustarse a la realidad pluralista con el fin de apoyar a los inmigrantes y a sus descendientes en el transcurso de su integración. El *Enoncé* propone igualmente un «contrato moral» que define el Québec como una sociedad de acogida democrática, de expresión francesa y pluralista donde todos las quebequesas y quebequeses, tanto si son nativos como inmigrados, tienen derecho de elegir libremente su estilo de vida, sus valores, sus opiniones y su religión, pero deben respetar todas las leyes, también si éstas son incompatibles con su religión o sus valores personales.

La ley de acceso en igualdad al empleo en los organismos públicos instituye un marco jurídico con el fin de favorecer el acceso al empleo para las mujeres, los autóctonos, las personas que

forman parte de una minoría visible y las personas para las que la lengua materna no es el francés ni el inglés, y que forman parte de un grupo diferente al de los autóctonos y personas que forman parte de una minoría visible.

El Québec es una sociedad de Derecho. Se dota de un marco en el que se ejerce la interculturalidad sobre el territorio en relación con la conducta de las personas, de los grupos y de los Gobiernos, de las relaciones entre ellos, de las obligaciones y de sus derechos.

XII. LOS PRINCIPIOS DIRECTORES Y EL MARCO LEGISLATIVO

Los principios directores y el marco legislativo son también presentados en la web con una serie de documentos más recientes que se añaden a los ya señalados y que marcan la filosofía subyacente a la actual inmigración⁴³. Varias de las medidas se dirigen a la lucha contra la discriminación y el racismo, y están dirigidas a todos los ciudadanos y ciudadanas.

Todos deben beneficiarse de la igualdad de oportunidades en todos los dominios de la vida social con el fin de poder desarrollar sus capacidades y aspiraciones.

La igualdad de oportunidades y lucha contra el racismo y la discriminación es un modo global que cubre todas las dimensiones.

Las personas deben estar protegidas contra la discriminación por raza, color, origen étnico o nacional o la religión, tanto por discriminación directa como indirecta o sistemática⁴⁴.

Se reitera el marco legislativo que ya hemos analizado, a saber, la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, adoptada en 1975, además la *Déclaration du gouvernement du Québec sur les relations interethniques et interraciales* de 1986, El *Énoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration, Au Québec pour bâtir ensemble*, hecho publicado en 1990.

Con esa base se añaden dos planes de acción gubernamentales; uno que ya ha expirado, Le Plan d'action gouvernemental 2004-2007, *Des valeurs partagées, des intérêts communs*, y el vigente que analizamos a continuación⁴⁵.

XIII. LA DIVERSIDAD UN VALOR AÑADIDO COMO TÍTULO DEL PLAN DE ACCIÓN 2008-2015

La política gubernamental sobre «La diversidad un valor añadido»⁴⁶ presenta los fundamentos y las orientaciones de las intervenciones de Québec para favorecer la participación de todos

(43) www.micc.gouv.qc.ca.

(44) *Vers une politique gouvernementale de lutte contre le racisme et la discrimination. Document de consultation Pour la pleine participation des Québécoises et des Québécois des communautés culturelles*, junio de 2006, Montréal, Gouvernement du Québec, 2006, 69 pp. Disponible en: www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/dossiers/Consultation-Politique-Lutte-Racisme.pdf. Document synthèse, 11 pp. www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/dossiers/Consultation-Politique-Lutte-Racisme-Synthese.pdf. *Caractéristiques de la population des communautés culturelles – Statistiques*, Gouvernement du Québec, 2006.

(45) Este Plan de Acción es cronológicamente posterior al Informe de la Comisión Bouchard-Taylor, que se presentó en mayo de 2008.

(46) www.quebecinterculturel.gouv.qc.ca/fr/lutte-discrimination/diversite-valeur-ajoutee.html.

La política legislativa de inmigración en Québec y su reflejo en el informe Bouchard-Taylor

II

en la construcción de Québec. Invita al conjunto de la sociedad a movilizarse y a trabajar para alcanzar estos objetivos. Afecta a varios grupos de la población, como mujeres, personas discapacitadas ... y es un complemento de las políticas de integración de los inmigrantes.

El plan de acción contiene 21 medidas, que dependen de los ministerios y organismos del Gobierno⁴⁷.

El 29 de octubre de 2008 se presentó dicho Plan de Acción Global para integrar a las personas inmigrantes, promover los valores democráticos de la sociedad quebequesa y valorar la diversidad. En el comunicado de prensa de presentación se establece claramente las condiciones y requisitos para la selección de candidatos, en la que hemos ido insistiendo. Entre ellos se sigue afirmando que deben firmar una declaración formal de que aceptan los valores comunes.

La Ministra de Inmigración y de las Comunidades Culturales presentó el 29 de octubre de 2008 en Montréal este Plan Global de Acción para 2008-2013, de integración de las personas inmigrantes y de valoración de la diversidad.

La estrategia anunciada prevé acciones concretas que afectan a todas las esferas de la sociedad. Los sectores de trabajo, educación, sanidad y seguridad social y los medios de comunicación están especialmente implicados.

Para favorecer el logro de la integración de los inmigrantes, Québec intervendrá en el proceso de selección antes de su llegada, actuando en tres frentes en el país de origen:

- 1) Serán informados con anterioridad sobre los valores comunes de Québec y afirmarán su voluntad de vivirlos y respetarlos firmando una declaración formal. Entre esos valores subrayamos: que el francés es la lengua oficial, que las mujeres y los hombres son iguales, que los poderes políticos y religiosos están separados.
- 2) Comenzarán el aprendizaje del francés antes de dejar su país. El Gobierno de Québec pondrá los medios para que eso sea posible.
- 3) Serán seleccionados previamente en función de la necesidad de mano de obra en Québec.

Una vez llegados a Québec, el proceso de integración se centrará en tres frentes:

- 1) Seguirán una sesión de información sobre los valores comunes.
- 2) Se les impartirá cursos de perfeccionamiento y aprendizaje de francés.
- 3) Se les prestará orientación en vistas a adquirir una primera experiencia de trabajo.

(47) Document Synthèse: *La diversité: une valeur ajoutée. Politique gouvernementales pour favoriser la participation de tous à l'essor du Québec*, Québec, Édition Direction des affaires publiques et des communications du ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles, 2008, 7 pp. Documento completo, 51 pp.: www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/dossiers/PolitiqueFavoriserParticipation.pdf. *La diversité: un valeur ajoutée. Plan d'action gouvernemental pour favoriser la participation de tous à l'essor du Québec. 2008-2013*. Québec, Édition Direction des affaires publiques et des communications du ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles, 2008, pp. 62. <http://www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/dossiers/PlanActionFavoriserParticipation.pdf>.

XIV. LA LEGISLACIÓN SOBRE LOS CRITERIOS DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD EN CANADÁ

El otro elemento clave que contribuye a la integración rápida del inmigrante con permiso de residencia permanente es que a los 3 años puede solicitar la nacionalidad canadiense. Con ello se remata el proceso de integración, ya que pasa a ser ciudadano quebequés con todos los derechos. Especialmente los derechos de participación política completan su plena inserción como ciudadanos en la sociedad de Québec.

La adquisición de la nacionalidad en Québec se rige por las leyes nacionales canadienses. La ciudadanía en Canadá se obtiene por nacimiento en Canadá, si se ha nacido fuera del país se puede adquirir si uno de los dos padres es ciudadano canadiense, o por adopción internacional si uno de los adoptantes es ciudadano canadiense. Los residentes permanentes que lleven viviendo en Canadá 3 años la pueden adquirir si la solicitan y cumplen con los requisitos exigidos.

Un residente permanente en Canadá es una persona que no es ciudadano canadiense pero que tiene un permiso para vivir y trabajar en Canadá sin límite de tiempo para su estancia. Un residente permanente debe vivir en Canadá por 2 años en un espacio de 5 años, de lo contrario tiene el riesgo de perder ese estatus.

Una persona con permiso de residencia tiene los mismos derechos y responsabilidades que un ciudadano canadiense, entre otros el derecho a trabajar para cualquier empresa, así como para el Gobierno federal o provincial (con restricción de derechos para el acceso a determinadas profesiones). Las grandes diferencias es que los residentes no pueden votar en las elecciones ni municipales, ni provinciales ni federales de Canadá. Tampoco pueden presentarse como candidatos, ni tener el pasaporte canadiense ni formar parte de las fuerzas armadas de Canadá, y pueden ser deportados si cometen determinados crímenes durante su residencia.

Los residentes permanentes, como hemos señalado, pueden pedir la nacionalidad canadiense después de 3 años, pero esto es voluntario. De hecho casi todos se nacionalizan.

El Acta de Ciudadanía canadiense es una ley del Parlamento de Canadá que entró en vigor el 1 de enero de 1947, reconociendo la definición de «canadiense». Esta ley fue sustituida el 15 de febrero de 1977 por una nueva ley, que, con algunas enmiendas posteriores, es la que hoy está en vigor. Uno de los cambios más significativos en la vigente Ley de Ciudadanía es el permiso para ostentar la doble nacionalidad, la canadiense y otra, con apenas algunas restricciones. Esto estaba prohibido antes de 1977.

El 17 de abril de 2009 ha habido algún cambio en esta Ley de Ciudadanía. Cualquier canadiense que tiene que renunciar a su nacionalidad para adquirir la de otro país puede recuperar la nacionalidad canadiense, pero debe solicitarlo y probarlo. Esta reforma limita también la transmisión de la nacionalidad a los nacidos fuera de Canadá sólo a una generación.

La política legislativa de inmigración en Québec y su reflejo en el informe Bouchard-Taylor

II

XV. ANEXO ESTADÍSTICO

Tabla 1

Principales orígenes étnicos diferentes que el francés, británico, norteamericano y autóctono de la población quebequesa censada en 2001

Origines des Caraïbes	108.475
Barbadien	3.950
Cubain	1.700
Dominicain	2.805
Guyanais	2.330
Haitien	74.465
Jamaïquain	10.635
Trinidadien/Tobagonien	4.135
Saint-Vincentais/Grenadin	1.600
Antillais britannique	5.140

Origines de l'Amérique latine, centrale et du Sud	65.150
Argentin	2.000
Brésilien	1.890
Indien de l'Amérique centrale et du Sud	1.870
Chilien	10.045
Colombien	4.750
Guatémaltèque	4.025
Hondurien	1.530
Mexicain	6.480
Nicaraguayen	1.110
Péruvien	8.030
Salvadorien	8.820
Vénézuélien	2.210

Origines européennes	743.505
Origines d'Europe occidentale	153.750
Autrichien	7.310
Belge	30.095
Hollandais (Néerlandais)	18.000
Flamand	1.245
Allemand	88.700
Suisse	15.715

María Elósegui Itxaso

II

Origines d'Europe septentrionale	15.295
Finlandais	2.130
<i>Origines scandinaves</i>	13.420
Danois	3.335
Norvégien	4.610
Suédois	4.540
	62.655 67.755
Origines d'Europe orientale	130.410
<i>Origines baltiques</i>	5.920
Letton	1.260
Lituanien	4.045

Origines tchèques et slovaques	9.085
Tchèque	4.085
Tchécoslovaque	1.595
Slovaque	3.580
Hongrois (Magyar)	16.490
Polonais	46.990
Roumain	19.455
Russe	22.630
Ukrainien	24.030

	274.610
	134.485
Origines sud-européennes	409.095
<i>Origines balkaniques</i>	19.295
Albanais	1.250
Bosniaque	1.765
Bulgare	2.855
Croate	4.360
Serbe	2.965
Slovène	1.670
Yougoslave	4.820
Grec	58.645
Italien	249.205
Portugais	48.765
Espagnol	43.115

	54.215 32.240
Autres origines européennes	86.450
Basque	1.330
Juif	82.450

La política legislativa de inmigración en Québec y su reflejo en el informe Bouchard-Taylor

II

	100.180
Origines arabes	35.570 135.750
Égyptien	15.050
Irakien	2.275
Libanais	48.990
Origines du Magrèb	39.685
Algérien	13.545
Berbère	4.530
Marocain	17.540
Tunisien	4.325
Maghrébin	1.285
Palestinien	3.135
Syrien	10.445
Arabe	23.710

Origines d'Asie occidentale	40.960
Afghan	3.315
Arménien	18.855
Iranien	9.535
Israélien	1.485
Turc	5.675

Origines sud-asiatiques	62.585
Bangladeshi	3.680
Bengali	1.900
Indien de l'Inde	34.125
Pakistanaï	7.990
Pendjabi	2.180
Sri-Lankais	8.475
Tamoul	2.955

Origines asiatiques d'Est et du Sud-Est	132.280
Chinois	63.000
Philippin	19.665

Origines indochinoises	43.315
Cambodgien	9.405
Laotien	5.180
Vietnamien	28.310
Japonais	3.210
Coréen	4.475

María Elósegui Itxaso

II

Origines africaines	48.715
Noir	9.370
Burundais	1.175
Camerounais	1.550
Congolais	3.835
Ghanéen	1.730
Mauricien	1.380
Rwandais	1.720
Sénégalais	1.340
Somalien	1.055
Zaïrois	1.330
Noir africain	17.830
Origines de l'Océanie	1.170

Source: Statistique Canada, Recensement de 1991, cat. 93-319 (tableau 8) et Recensement de 2001, 97FOO22XCB2001004.

Compilation: Ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles, Direction de la recherche et de l'analyse prospective.

Tabla 2

Población total y población inmigrante según la religión, Québec, 1991 y 2001

Religion	1991				2001			
	Population totale		Population immigrée		Population totale		Population immigrée	
	Núm.	%	Núm.	%	Núm.	%	Núm.	%
Catholique	5.861.205	86,1	301.555	51,0	5.939.715	83,4	324.795	45,9
Protestante	398.730	5,9	83.430	14,1	335.595	4,7	73.995	10,5
Musulmane	44.930	0,7	29.050	4,9	108.620	1,5	75.280	10,6
Orthodoxe chrétienne	89.285	1,3	52.200	8,8	100.370	1,4	59.600	8,4
Juive	97.735	1,4	35.320	6,0	89.920	1,3	29.045	4,1
Bouddhiste	31.635	0,5	25.145	4,3	41.375	0,6	29.600	4,2
Hindoue	14.120	0,2	8.955	1,5	24.530	0,3	16.480	2,3
Sikhe	4.525	0,1	2.510	0,4	8.220	0,1	5.315	0,8
Autres religions	5.335	0,1	1.830	0,3	64.050	0,9	18.240	2,6
Aucune appartenance religieuse	262.800	3,9	51.215	8,7	413.185	5,8	74.615	10,6
Total	6.810.300	100,0	591.210	100,0	7.252.895	100,0	706.965	100,0

Source: Statistique Canada, Recensement de 1991, cat. 93-319 (tableau 8) et Recensement de 2001, 97Foo22XCB2001004.

Compilation: Ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles, Direction de la recherche et de l'analyse prospective.

Tabla 3
Población de minorías visibles según el estatuto migratorio, Québec, 2001

	Núm.
Chinois	56.830
Sud-Asiatique	59.505
Noir	152.195
Philippin	18.550
Latino-Américain	59.520
Asiatique du Sud-Est	44.110
Arabe	73.340
Asiatique occidentale	12.420
Coréen	4.410
Japonais	2.830
Autres minorités visibles	7.555
Minorités visibles multiples	6.705
Total	497.980

Source: Statistique Canada, Recensement de 2001, 97Foo10XCBO1044.

Compilation: Ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles, Direction de la recherche et de l'analyse prospective. Groupe d'appartenance Total (100%) Population native.

Datos destacados de las estadísticas presentadas

De los orígenes étnicos (tabla 1)

De los orígenes étnicos (diferentes del francés, británico, canadiense y autóctono) los más frecuentes declarados por la población quebequesa son los siguientes: italiano, alemán, judío, haitiano, chino, griego, libanés, portugués y polaco.

Aparte de ello, efectuando ciertos reagrupamientos, se constata la importancia de los orígenes árabes, latinoamericanos y africano.

Todas las personas de origen diferente al francés, británico, canadiense y autóctono están concentradas en la región de Montréal en más de un 50%, y muy frecuentemente entre el 80 y 90%, siendo así que esta región representa el 47% de la población de Québec.

Las religiones (tabla 2)

En el año 2001, la población inmigrante declaraba mayoritariamente (65%) pertenecer a una u otra de las confesiones cristianas (católica, protestante y ortodoxa).

Los grupos que, en el seno de la población inmigrante, han experimentado un mayor aumento en el mismo período son los musulmanes (de 5% al 11%), los de «otras religiones» (0,3% a 3%), y los de quienes no declaran ninguna (9% a 11%).

Las minorías visibles (tabla 3)

Lugar de nacimiento.

En el año 2001, más de la tercera parte (29%) de las personas que habían declarado pertenecer a un grupo de minorías visibles habían nacido en Canadá.

Los grupos de minorías visibles con mayor proporción de nativos⁴⁸ son los japoneses, de los que la mitad 2.830 son nacidos en Canadá y, sobre todo, los negros, con un 41% del total de 152.200 que son nativos⁴⁹. Inversamente, los grupos que están constituidos por fuertes mayorías de personas inmigradas son los asiáticos occidentales (81%), los latinoamericanos (74%) y los chinos (73%).

Situación de las generaciones

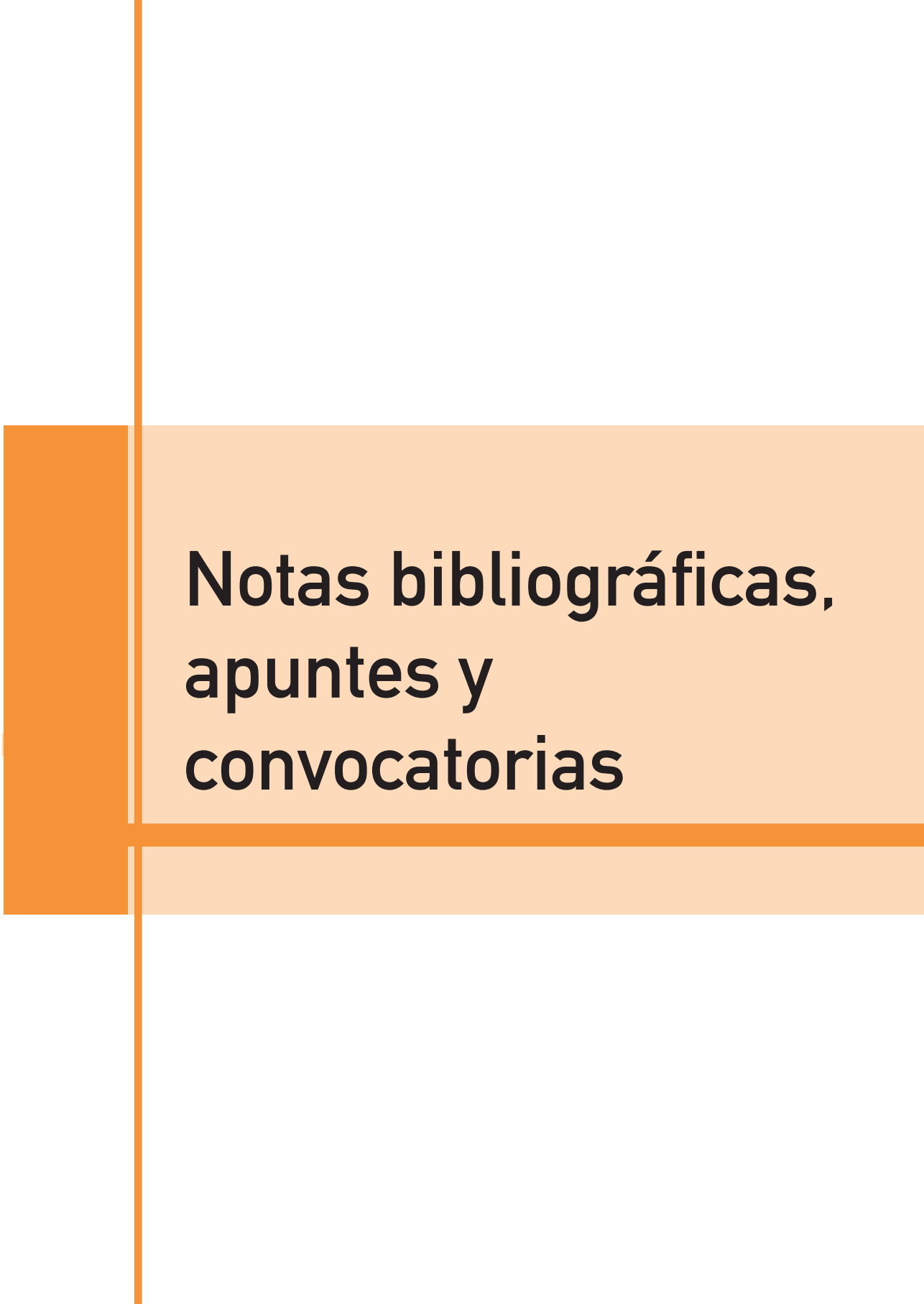
La mayor parte de las personas mayores de 15 años miembros de minorías visibles han nacido en el extranjero (86%) o tienen por lo menos uno de sus padres que ha nacido en el extranjero (12%). Por el contrario, los negros y los japoneses tienen entre sus miembros una proporción relativamente elevada de personas de tercera generación o más, respectivamente de un 5% y un 18%.

Conocimiento del francés

Más de la mitad de los miembros de las minorías visibles (48%) conocen a la vez el francés y el inglés, mientras que alcanzan esa misma proporción los que no conocen más que una de las dos lenguas, siendo la cifra de 23% el francés y 23% el inglés.

(48) Por nativos aquí se entiende los que ostentan la nacionalidad canadiense.

(49) *Idem*.



Notas bibliográficas, apuntes y convocatorias



Notas

BIBLIOGRÁFICAS

- AJA, E. (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 628 pp.
- AMBROSINI, M., y ABBATECOLA, E.: *Migrazioni e società. Una rassegna di studi internazionali*, Franco Angeli Editore, Milán, 2009, 288 pp.
- BATUECAS FLORINDO, J. M.: *La expulsión de extranjeros en la legislación española*, Edit. Club Universitario, Alicante, 2009, 138 pp.
- CATALÁ, M. (coord.): *Miradas y voces de la inmigración*, Editorial Montesinos, Barcelona, 2009, 300 pp.
- CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA-UNICEF-BANESTO: *Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España, Informe 2009*, Etnia Comunicación, Barcelona, 2009, 151 pp.
- CHUECA SANCHO, A.G.; GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L., y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. (coords.): *Las migraciones en el Mediterráneo y Unión Europea*, Huygens Editorial, Barcelona, 2009, 346 pp.
- CZAICA, M.: *The political economy of refugee migration and foreign aid*, Palgrave MacMillan, Hampshire, 2009, 205 pp.
- DE FILIPPO, F.: *Quasi uguali. Storie di immigrazione*, Milán, 2009, 210 pp.
- ELÓSEGUI ITXASO, M.: *Derechos humanos y pluralismo cultural*, Iustel, Madrid, 2009, 289 pp.
- FRANCESCO D. y VERÓNICA, P.M.: *Diritto degli stranieri e immigrazione. Questioni processuali*, Giuffrè, Milán, 2009, XV+392 pp.
- GISTI: *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz, París, 2009, 346 pp.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM): *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*, Ginebra, 2009, 448 pp.

Notas bibliográficas

- IOM: *Gender and Labour Migration in Asia*, Ginebra, 2009, 336 pp.
- KIRKPATRICK DE LA VEGA, A.: *Los visados en el Derecho español y comunitario*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 2009, 297 pp.
- MARTÍN ARRIBAS, J.J.: *Código de los extranjeros*, 3.^a ed., Aranzadi, Navarra, 2009, 1588 pp.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: *Primer Encuentro técnico sobre micro-economía y migración*, OIM, Madrid, 2009, 302 pp.
- REHER, D.S., y REQUENA, M.: *Las múltiples caras de la inmigración en España*, Alianza Editorial, Madrid, 2009, 328 pp.
- RIVERA, A.: *Regole e roghi, metamorfosi del razzismo*, Edizioni Dedalo, Bari, 2009, 264 pp.
- TEHINDRAZANARIVELO, D.L.: *Le racisme à l'égard des migrants en Europe*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2009, 252 pp.
- WEBER, A.: *Manual on hate speech-Manuel sur le discours de haine*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2009, 96 pp.

Notas bibliográficas

Derechos humanos y pluralismo cultural

ELÓSEGUI ITXASO María.
Iustel, Madrid, 2009, 289 pp.

POR:

GABRIEL GARCÍA CANTERO

Catedrático de Derecho civil y
Emérito de la Universidad de Zaragoza

1. **La autora.** Conozco a la autora de esta monografía desde que, bien pertrechada con un sólido bagaje filosófico y cultural, se incorporó, hace ya algunos años, a la Facultad de Derecho de Zaragoza, Área de Filosofía del Derecho que dirigía el Profesor Gil Cremades. Luego he podido seguir bastante de cerca la acelerada formación de su impresionante *curriculum* a lo ancho y largo del universo mundo, movida por su inextinguible curiosidad, que la han llevado a estar presente en variados foros en donde se debatían transcendentales temas atinentes a los derechos del ser humano en general, y de la mujer en particular; así desde la Conferencia de Pekín hasta numerosos Congresos, Simposios, Seminarios y Mesas Redondas, del viejo y del nuevo continente. Sin olvidar la sugestiva empresa de fundar y pilotar la revista *Aequalitas*, la cual acaba de conmemorar su primer decenio, y en cuyas páginas han aparecido algunos de los interesantes trabajos que aquí se citan. No me cabe la menor duda de que la reciente meta personal, merecidamente alcanzada, al ser acreditada como Catedrática de Filosofía del Derecho, no va a constituir para ella una especie de *Stazione Termini*, sino más bien el punto de partida de ulteriores proyectos científicos todavía más ambiciosos.

2. **La obra.** Ha sido galardonada con el Premio «Luis Portero de Derechos Humanos 2008», otorgado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de

Granada. Aparece estructurada en los siguientes cinco capítulos:

- I. Una teoría constitucional del orden público.
- II. Orden público, Derecho y diversidad cultural en España.
- III. Orden público en la escolarización de alumnos inmigrantes de origen musulmán en los centros escolares de Zaragoza.
- IV. La nacionalización de los inmigrantes. El deber de conocer el español.
- V. Orden público y la libertad cultural de los funcionarios de carrera en un Estado democrático de Derecho y una sociedad plural; el principio de igualdad en el acceso a la función pública.

La obra se completa con un anexo bibliográfico correspondiente a cada uno de los capítulos enunciados y otro anexo estadístico.

3. Aunque los materiales en el volumen utilizados son de procedencia varia, la autora explica en unas útiles páginas introductorias (pp. 13-23) las ideas que inspiran y unifican la variedad de temas tratados en el volumen, que en su conjunto guardan relación, de modo directo, con asignaturas de Derecho positivo como el Derecho Internacional Público, el Constitucional, el Internacional Privado, el Civil, el Eclesiástico del Estado, el Administrativo y el Penal, sin olvidar que la autora no se resigna a abdicar de su cualidad de filósofa del Derecho que la impulsa a enjuiciar las situaciones que analiza desde su perspectiva científica. Es decir, por un lado, ha empleado un práctico método transversal de discusión, que se completa, por otro, con la visión unificadora y central que le brinda la Filosofía.

La Profesora María Elósegui propugna el uso positivo y negativo de la noción de orden público en relación con el ejercicio de la libertad cultural en el marco de los derechos fundamentales, como límite y como protección del ejercicio individual o grupal del derecho a la propia cultura¹. Manifiesta seguir una nueva concepción de la noción de orden público, que, en su vertiente positiva, desarrolla una función promotora de las libertades, entre ellas la cultural. Observa la evolución experimentada por la noción de orden público en la línea de utilizarse

(1) Se apoya en la doctrina de ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 267-329 (sobre el derecho fundamental y sus restricciones) y pp. 331-380 (sobre el derecho general de libertad).

Notas bibliográficas

para significar el respeto al máximo de las libertades, incluyendo las diferencias surgidas de la diversidad cultural o fruto de la libertad en la forja de la propia identidad cultural. La idea es estudiar cómo juega el concepto jurídico indeterminado de orden público como límite y como promotor del ejercicio de los derechos individuales, especialmente el derecho a la identidad cultural, o también al pluralismo cultural como una de las manifestaciones, en cierta forma, del valor superior de la libertad y del pluralismo político. El presente estudio se hace desde la perspectiva de la filosofía del Derecho aunque partiendo de la norma positiva; no se limita a describir el Derecho español vigente, ni tampoco de la dogmática jurídica de las diversas áreas del Derecho, sino que elabora una construcción iusfilosófica y crítica decantándose por un modelo intercultural de justicia en las relaciones entre Derecho y culturas.

Nuestra Constitución señala como valores superiores del ordenamiento la libertad y el pluralismo político, pero como salvaguarda de la propia democracia hay que plantearse el control por el Estado de los antidemócratas. ¿Hasta qué punto el Derecho puede permitir la diversidad sin que peligre el propio ordenamiento jurídico? El orden público es uno de los límites que pueden imponerse a los derechos humanos, y la autora se propone, precisamente, tratar este tema en nuestro ordenamiento. Parte de las tesis de HÄBERLE sobre la teoría de la Constitución como Ciencia de la cultura², compartiendo su idea de que el pluralismo cultural es soporte y motor de todo Estado constitucional y cultural, y asimismo de un Estado federal entendido como Estado federal cultural. En la actual situación de inseguridad producida por la existencia de diversos tipos de terrorismo, a nivel mundial y a nivel nacional, interesa estudiar de qué manera el Estado puede poner límites a los derechos utilizando los procesos formales democráticos previstos en el ordenamiento español; interesa comprobar si es posible un modelo jurídico intercultural viendo si las normas jurídicas españolas responden, o no, a un modelo intercultural de Estado, y para ello resulta útil conocer la realidad jurídica, social y la jurisprudencia de varios países del entorno europeo³. Cree

(2) HÄBERLE: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, 2000; *Teoría jurídica y desarrollo*, «Diálogo científico», vol. 15, núms. 1/2, 2006, pp. 11-25.

(3) La autora se remite a otra publicación anterior suya: María ELÓSGUI: *El derecho a la igualdad y el derecho a la*

la autora que en este punto la Constitución de 1978 ha diseñado muy bien un sistema jurídico, de modo que podemos aportar mucho al resto de los demás países europeos. Aquí no se realiza propiamente un estudio jurisprudencial, sino conceptual, de la norma jurídica y de la voluntad del legislador. Se analizan los límites a la diversidad cultural en tres áreas de nuestro ordenamiento, el Derecho Internacional Privado, el Derecho civil y el Derecho eclesiástico del Estado; en ellas se utiliza continuamente la cláusula de orden público como límite al ejercicio de los derechos, y se comprueba que en ellas la interpretación de esta cláusula está sufriendo una evolución, pasando de una idea rígida y estricta del orden público a la utilización de una noción positiva de éste, según la Constitución vigente, como promotor de los derechos; en el Derecho Internacional Privado se introduce la doctrina de los efectos atenuados del orden público, más permeable a la diversidad y pluralismo cultural, y, a juicio de la autora, esta última noción resulta de utilidad en una posible aplicación al contexto de los derechos humanos. Comparte la concepción que la Profesora Elisa PÉREZ VERA ofrece de orden público, como el conjunto de normas y principios que, en un momento histórico determinado, refleja el esquema de valores esenciales, a cuya tutela atiende de una manera especial el ordenamiento jurídico concreto⁴. La excepción de orden público es activada por el juez en cada caso concreto y sirve para asegurar principios y normas de un ordenamiento, desempeñando una función defensiva de éste; sirve también para proteger al individuo contra terceros y frente al Estado. Aunque legalmente no se define el orden público, hay un consenso en señalar que los valores que defiende el orden público son los constitucionales, especialmente los derechos fundamentales y libertades públicas del Título I, capítulo segundo (artículos 14 al 38 de la CE). En resumen, en el primer capítulo de la obra se analiza la noción de orden público desde la Teoría del Derecho, como base teórica del trabajo.

En el capítulo segundo se aprovechan materiales presentados al Seminario organizado por la Profesora belga Marie Claire FOLETS, patrocinado por la Fundación belga Francqui, y que constituyeron la

diferencia. *El republicanismo intercultural desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1998.

(4) PÉREZ VERA, Elisa: *Derecho internacional privado*, I, Madrid, 2002, p. 162.

Notas bibliográficas

ponencia española, posteriormente incluida en un volumen colectivo⁵.

En el capítulo tercero se refleja el resultado de una investigación de la realidad social española derivada de la inmigración, eligiendo como campo de trabajo los datos referidos a la presencia de alumnos de padres inmigrantes en los centros escolares de Aragón, especialmente de los provenientes de países de cultura islámica. Hay una evolución en el Derecho civil dando entrada al Estado en el orden público intrafamiliar; así en el artículo 107 del Cc, al determinar la ley aplicable a la nulidad, separación o divorcio, se establecen varios casos de aplicación de la ley española cuando la ley extranjera fuera discriminatoria o contraria al orden público. Pero la autora considera impropia la utilización de las normas penales españolas sobre abandono de familia cuando los padres inmigrantes incumplen la obligación de escolarizar a sus hijos, debiendo limitarse a utilizar, más bien, la vía civil o los procedimientos administrativos.

En el capítulo IV se dilucida si la noción de orden público es aplicable a las cuestiones lingüísticas, y trata de encontrar respuestas a algunas interrogantes del siguiente tenor: ¿Qué lenguas exigimos legalmente a los extranjeros o a quienes quieren adquirir la nacionalidad española, como elemento aglutinante? ¿Qué papel concede el Derecho en esa situación a las lenguas regionales? ¿Hasta dónde rige la obligación de conocer el español por parte de los residentes en CCAA con idioma propio? ¿Hasta dónde pueden ser obligados los ciudadanos de las CCAA a conocer las lenguas regionales? ¿Qué aspectos entran en el principio de libertad y cuáles en la obligatoriedad?

En el capítulo V se estudia cómo se legisla en nuestro ordenamiento el posible control que el Estado puede ejercer en las libertades individuales de sus propios funcionarios, aplicando la noción de orden público. ¿Cuáles son los requisitos comunes o de uniformidad que la Administración puede exigir a sus funcionarios? ¿Cuáles son los ámbitos de libertad y de legítimo pluralismo para los propios funcionarios? ¿Hasta dónde y cómo dentro del marco legal español podría la Administración del Estado restringir las libertades de sus funcionarios en aras de preservar el orden público y la democracia del sistema? ¿Cómo actuar legal y democráticamente

contra los posibles funcionarios antisistema o antidemocráticos, que quieran atentar o atenten contra el propio sistema democrático en el ejercicio de sus funciones profesionales como tales funcionarios? Por otra parte el funcionario es también un garante del orden público y del respeto a los derechos humanos, frente a las posibles arbitrariedades de sus superiores jerárquicos de designación política y que ocupan los puestos más altos en el organigrama de las Administraciones Públicas, sin ser técnicos ni funcionarios.

4. Con lo anterior sería suficiente –en mi opinión– para que el lector tuviera una idea bastante aproximada del rico contenido de esta monografía. Con todo, parece conveniente profundizar más en ella para calibrar el alcance de las innovadoras perspectivas que aporta la autora.

No cabe duda de que el primer capítulo es el más denso doctrinalmente hablando, así como el fundamental de la obra, y aunque rotula aquél *teoría constitucional del orden público*, en realidad se trata de obtener un concepto de alcance general, aplicable a todos los sectores del ordenamiento. Más pronto o más tarde el concepto constitucional de orden público será aceptado de modo generalizado. Con apoyo en la doctrina alemana, italiana y francesa, y buena parte de la española, entiende que el fundamento del orden público radica en la Constitución, de modo que los valores jurídicos se diferencian de los políticos, económicos y culturales en que se incorporan a la Constitución (Peces-Barba, Pérez Luño, Ollero Tasada, Ballesteros Llompert) y se positivizan a través de los derechos fundamentales. Por su parte, el orden público, sin dejar de ser un concepto jurídico indeterminado, debe ser unitario, aplicable en todo el territorio del Estado, incluso a los extranjeros que en él residen; sólo despliega su eficacia limitativa sobre aquellas libertades en las que está expresamente previsto. Siguiendo a CALVO ÁLVAREZ⁶, entiende que el orden público es un mecanismo jurídico al servicio de la garantía de los derechos y libertades, de su tutela y protección, de modo que debe interpretarse como límite al ejercicio de los derechos fundamentales, con unos parámetros objetivos y normativos a partir de la propia Constitución, así como también cumple una función de garantía positiva en el ejercicio de los derechos de libertad. En España, a partir de la Constitución, se inaugura un nuevo modo de entender el orden público, pues se debe evitar la tendencia del Estado a monopolizar lo

(5) FOLETS, Marie Claire: *The reponse of the State Law to the expression of cultural diversity*, Bruxelles, 2009.

(6) CALVO ÁLVAREZ: *Orden público y factor religioso en la Constitución española de 1978*, Pamplona, 1983, pp. 30 y ss.

Notas bibliográficas

público, ya que una cierta socialización, estatalización o administrativización puede conducir a la supresión de la seguridad jurídica de la individualidad humana; aplicado al tema que nos ocupa ello se traduce en el sentido de que el Estado no debe uniformar, sino permitir el legítimo pluralismo cultural, de modo que debe partirse de un modelo intercultural adecuado de las relaciones entre Derecho y cultura, conformes con la Constitución. Así que no puede entenderse el orden público sólo como una noción límite, en el sentido de una eficaz barrera defensiva ante los abusos jurídicos, sino que también es de orden público la justa autonomía de la voluntad y la defensa del legítimo ejercicio de las libertades. El orden público se inserta en el ámbito de los principios; no puede ser legalizado en una norma, pero es Derecho; es dinámico y permanente, y remite necesariamente a la realidad social, pues recoge el sentimiento de la sociedad, su sensibilidad; es una noción en la que se sintetiza la unidad del Derecho con toda su fuerza dinámica hacia la consecución del orden social justo; armoniza y jerarquiza los principios, siendo él también un principio, afectando tanto al Derecho público como al privado. Es un instrumento jurídico de promoción y defensa de los principios informadores de todo ordenamiento jurídico a través de la jurisprudencia de los tribunales.

El orden público delimita la uniformidad y, a su vez, posibilita la diversidad. ¿Hasta dónde el Estado puede intervenir protegiendo la democracia y los valores constitucionales sin conculcar los derechos individuales? La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece varios límites al ejercicio de los derechos individuales (la moral, el orden público y el bienestar general de la sociedad democrática), y también lo hace la CE en sus artículos 16 y 21.2. Por eso es necesario distinguir⁷ entre el núcleo duro de valores, que es homogéneo y exigible a todos en una democracia, y que está garantizado por el Estado, y, como paradoja, el Estado tampoco puede vulnerar para otros fines mayores el núcleo duro o contenido esencial de los derechos porque los Poderes públicos están sometidos al imperio de la ley. Delimitar estos términos exige responder a la pregunta de ¿hasta dónde uniformidad? y ¿hasta dónde pluralismo político, cultural y religioso? Habrá que conjugar qué ámbitos son de convergencia (*homogeneidad*), y cuáles de divergencia (*heterogeneidad*, como legítimas diferencias en el ejercicio de las libertades). Ello requiere establecer la proporcionalidad o justo equilibrio entre el orden, seguri-

dad y permanencia, es decir, la armonía necesaria, y libertad o pluralismo, es decir, las legítimas variedades o diversidades.

Caben distinguir, a juicio de la autora, tres zonas: 1.^a) Zona de certeza, que incluye un núcleo fijo de bienes protegibles, que vienen a coincidir con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución; 2.^a) Zona intermedia o de incertidumbre, en la que se resolverá de acuerdo con el principio de proporcionalidad y con ponderación, y 3.^a) Zona de certeza negativa: es lo contrario al orden público y, por tanto, prohibido. La zona de certeza está constituida por los derechos de la persona, los valores del hombre o mujer como personas; puede decirse que todo el Derecho español sobre personas es de orden público, y en el Derecho Internacional Privado se interrelacionan estrechamente los estatutos personales con el papel que se atribuye al orden público; éste ampara las libertades humanas y, en principio, toda limitación de la libertad debe interpretarse restrictivamente; ello es igualmente predicable de la libertad cultural.

Ello nos sirve de criterio para establecer que el ejercicio de la libertad cultural contiene unos derechos esenciales, derechos subjetivos irrenunciables, con derecho a protección positiva, tanto frente al Estado como frente a terceros; a su vez, puede contener otras zonas de derechos subjetivos contingentes o variables cuya concesión dependerá de las concretas circunstancias históricas, quedando supeditadas en este último caso al libre juego democrático, y no siendo exigibles frente al Estado. Resulta complicado, advierte la autora⁸, emitir un juicio sobre cuándo un contenido pertenece a una u otra zona, entrando en juego el legislador, las administraciones públicas, la doctrina y las sensibilidades sociales; hay que conjugarlo todo en la búsqueda de la equidad y la justicia para con los individuos y para alcanzar un reparto simétrico entre los diversos grupos merecedores de protección jurídica. El hecho de que debe tenerse una actitud de apertura para dar cabida dentro del núcleo duro a ciertos derechos subjetivos que, hasta ahora, se han menospreciado supone un cambio esencial de actitud, un avance desde un modelo asimilacionista a un modelo intercultural de Estado. No son concesiones propias de una actitud de tolerancia, sino un derecho de libertad, que no debe ser estorbado e, incluso, puede justificar la exigencia positiva de una protección

(7) *Op. cit.*, pp. 44 y ss.

(8) *Op. cit.*, pp. 48 y ss.

Notas bibliográficas

activa y positiva por parte de los poderes públicos y de terceros⁹.

El orden público puede incluir también una función de protección de los derechos humanos en sentido objetivo. Los derechos de libertad se caracterizan por otorgar a los individuos un ámbito de libertad, un señorío o autonomía que no puede ser perturbada ni por el poder público ni por otros grupos o particulares; pueden considerarse como derechos de autonomía, en cuanto tienen por finalidad un ámbito de inmunidad y no sujeción para el individuo, y, al mismo tiempo, pueden configurarse como obligaciones negativas o de abstención, y su satisfacción exige una conducta pasiva y de no interferencia por parte de los sujetos obligados. Una adecuada comprensión de la noción de orden público conduce a reclamar el legítimo ámbito de libertad y considerar, en este caso, como contrario al orden público los recortes ilegítimos del ejercicio de las libertades, ya sean cometidos por otros ciudadanos o por el Estado o sus Administraciones. Citando a CALVO ÁLVAREZ entiende que el orden público es noción no sólo protectora, sino también promotora¹⁰. De hecho, hay una evolución en la doctrina, especialmente en el extranjero, en la interpretación de la cláusula de orden público, desde una interpretación estricta a otra atenuada, lo cual, a juicio de la autora¹¹ posee ventajas e inconvenientes; por una parte se está utilizando para proteger

a los individuos de las minorías culturales provenientes de la inmigración frente a su propio grupo cultural, cuando proviene de otros sistemas legales y costumbres, y ello siempre que no choquen con el Derecho del foro, por ser contrarios a los derechos humanos o a los valores constitucionales; el peligro puede estar en un excesivo activismo judicial, que puede dar lugar a una diversidad de soluciones en supuestos similares, con lesión del principio de igualdad ante la ley, en aras de una presunta equidad que resulta lesionadora de derechos de terceros (como está sucediendo en los derechos sucesorios que la jurisdicción laboral española reconoce contradictoriamente en el caso de muerte de un trabajador inmigrante polígamo) y que –a juicio de la autora– debería obligar al Estado español a dictar una norma que cubriera la laguna legal. Cuando la norma de Derecho extranjero contradice la ley española en materias que se consideran valores constitucionales, entonces la cláusula de orden público no se flexibiliza, sino que se impone (igualdad de sexos y derechos de los menores). Pero hay otras cuestiones dudosas que han llevado al TEDH de Estrasburgo a resolver según las circunstancias¹².

La autora dedica un sugestivo apartado específico al orden público y valores compartidos¹³, exigibles incluso a quienes, no poseyendo la nacionalidad española, residan, sin embargo, dentro de nuestras fronteras. Cita por ejemplo la escolarización obligatoria de niños y niñas hasta los 16 años sin aceptar ninguna excepción que justifique el absentismo escolar; desde esta perspectiva el orden público tendrá un contenido estricto, rígido e inflexible¹⁴.

(9) Escribe la autora (*op. cit.*, pp. 50 y ss., nota 75), que las nuevas sensibilidades producidas por la interculturalidad llevan a incluir en el núcleo duro (zona de certeza) cuestiones protegibles. Un ejemplo en esta línea serían los cambios en la ley de adopción internacional, Ley 54/2007, de 28 de diciembre, respecto al derecho del hijo adoptado a conocer quiénes son sus padres biológicos. En la disposición adicional primera de dicha ley se reforma también el artículo 180 del Cc para introducir dicha regla en la adopción nacional. Ello no impide que tal derecho no se reconozca a quienes han sido engendrados a través de reproducción asistida, lo que representa una incoherencia. Obsérvese, con todo, que los efectos jurídicos que para el adoptado supone conocer la identidad de sus progenitores biológicos son, más bien, escasos, ya que la adopción ha roto prácticamente cualquier relación jurídica con sus progenitores biológicos, salvo en relación con los impedimentos matrimoniales. Hay, más bien, una satisfacción moral.

(10) CALVO ÁLVAREZ: *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, cit. p. 135 (cit. por María ELÓSEGUI, *op. cit.*, p. 62).

(11) *Op. cit.*, p. 64.

(12) Así la Sentencia de 15 de enero de 2001, *Dahlab vs. Switzerland*, relativa a una maestra suiza conversal al Islam, que durante 4 años llevó el velo tradicional, y que fue prohibido por la dirección del colegio por atentar contra su neutralidad; y también la Sentencia de 10 de noviembre de 2005, *Leyla Sahin vs. Turkey*, relativa a una muchacha turca que estudiaba en su país, en el que rige asimismo la prohibición de portarlo en las Universidades públicas. En ambos casos el TEDH no estimó violación del Convenio de Derechos Humanos de 1950, ya que no se trata de imponer ni alentar un tratamiento común sobre la cuestión religiosa, sino que deja lugar para la diversidad en las opciones de política legislativa adoptadas en el contexto de cada país (*op. cit.*, p. 69).

(13) *Op. cit.*, pp. 74 y ss.

(14) Séame permitido, como recensor, plantear el caso de los padres que, disconformes con la metodología que se imparte tanto en las escuelas públicas como privadas, sub-

Notas bibliográficas

La profesora ELÓSEGUI dedica algún espacio al reciente fenómeno de la creación en Canadá y Reino Unido de unos tribunales de arbitraje de índole religiosa entre miembros de la comunidad musulmana. En 1991 la provincia canadiense de Ontario aprobó una ley de arbitraje que disponía que si dos partes acordaban recurrir a un árbitro comercial, religioso o de otro tipo para zanjar un conflicto civil, las autoridades provinciales implementarían el veredicto, mientras éste respetase el Derecho canadiense. Al amparo de esta ley, durante varios años, ciudadanos judíos, católicos, testigos de Jehová, menonitas y aborígenes hicieron uso del arbitraje para resolver cuestiones legales familiares sin utilizar el sistema judicial de Ontario. En 1993 el Instituto Islámico de Justicia Civil propuso la creación de Juntas Musulmanas de Arbitraje que se encargarían de aplicar los preceptos de la sharia. Hubo un amplio debate social y los ciudadanos que apoyaban una campaña anti-sharia consiguieron que en 2005 se prohibieran los arbitrajes religiosos por amenaza a los intereses compartidos en Canadá, derogándose la Ley de 1991. El resultado es que, a partir de 2005, el arbitraje de buena fe puede continuar funcionando con eficacia meramente privada entre las partes que se sometan a él, pero sus veredictos no serán reconocidos por los tribunales civiles. Pese a la derogación de la Ley de Arbitraje se sigue practicando este modo de resolución de conflictos, no sólo en materia de familia, sino también mercantiles entre empresarios judíos. Concluye la autora que los jueces canadienses de la jurisdicción de Ontario están francamente preocupados¹⁵. Con frecuencia, las mujeres musulmanas siguen acudiendo al tribunal civil para revalidar la decisión coránica, cosa que ya no puede legalmente hacerse. A su juicio, aunque los estatutos personales puedan jugar un amplio papel en aspectos relacionados con la diversidad cultural, no es tolerable este tipo de actuaciones en la Europa actual, ya que la jurisdicción debe ser única y universal, pues lo contrario sería retroceder a los estatutos personales de la época medieval o a los procedimientos de los *millet* tolerados en el

vencionadas o no, se organizan entre sí para impartir ellos mismos los cursos obligatorios a sus hijos, sin perjuicio de que esos menores se sometan obligatoriamente a los exámenes finales o globales para controlar el nivel de los conocimientos adquiridos. Tal práctica tiene cierta difusión en el mundo cultural anglosajón y ha empezado a practicarse entre nosotros, con no pocas trabas administrativas e incluso judiciales.

(15) *Op. cit.*, pp. 77 y ss.

imperio otomano. En nota me permito discrepar de algunas de estas apreciaciones expresadas por la autora¹⁶. Finaliza este capítulo con algunas, a su juicio, actuaciones ilegales del Estado cuando el Estado o los poderes públicos utilizan el concepto de orden público de un modo abusivo, conculcando legítimas libertades en aras de una defensa de la seguridad del Estado, singularmente después de los atentados terroristas de septiembre de 2001, o cuando el TC alemán ha ordenado vigilar a personas pertenecientes a la Cienciología, o los *informes Debré* en Francia que propugnan la prohibición de signos religiosos en el espacio público, o la ley belga de 1998 creando un Centro de información sobre organizaciones sectarias calificadas de dañi-

(16) El fenómeno que se está dando en algunas regiones del Canadá inglés no es exclusivo de este territorio. También en los países europeos continentales se está fomentando el recurso al arbitraje en materia privada, si bien por una diversidad de causas (así, el notable incremento de la litigiosidad civil experimentada en los últimos decenios, que se traduce en retrasos considerables de los Tribunales de Casación para resolver los recursos de esta naturaleza; en litigios patrimoniales las empresas echan cuentas sobre el costo que suponen las dilaciones y hacen una elemental aplicación de la doctrina económica del Derecho; en materia de familia hay no pocos ejemplos de fallos de la Sala 1.^a, de gran calidad técnica pero ineficaces por el retraso en dictarse la sentencia (por ejemplo, un derecho de visita sobre un hijo que ha alcanzado ya la mayoría al resolverse definitivamente el litigio). Por otro lado, todavía algunos países, especialmente del Próximo Oriente, conservan el estatuto personal en materia de familia (Líbano, Israel, Jordania, Siria, etc.), por razones históricas que subsisten en la actualidad. Es cierto que la Constitución española de 1978 ha reforzado el principio de unidad de jurisdicción, especialmente en materia de reconocimiento de las Sentencias de los Tribunales eclesiásticos, españoles y vaticanos, en materia matrimonial. Pero nuestra pertenencia a la UE va introduciendo algunas excepciones a la unidad jurisdiccional, ya que las Sentencias del Tribunal de Luxemburgo y de Estrasburgo se imponen en el ordenamiento español sin necesidad de *exequatur*, y asimismo las Sentencias de nuestro TC quedan sin efecto. Sin olvidar que el Reglamento de la UE en materia de Derecho Internacional Privado reconoce y generaliza la eficacia de sentencias matrimoniales eclesiásticas (católicas, ortodoxas y judías) siempre que algún país comunitario haya reconocido sus efectos (por su virtud, un país tradicionalmente laico como Francia deberá reconocerlas en su caso). Sin defender ni propugnar aquí expresamente la solución de Ontario, conforme a la Ley de 1991, en mi opinión hay que seguir reflexionando sobre las relaciones entre el ordenamiento estatal y los diferentes ordenamientos religiosos que también regulan *res mixtae*.

Notas bibliográficas

nas. Cree que la categoría de orden público es un concepto jurídico indeterminado que se presta a abusos por parte del Estado, el cual no debe actuar nunca contra el ordenamiento jurídico, ni siquiera contra los antidemócratas o los antisistema.

5. **Sobre otras aplicaciones.** En el capítulo II hay un exhaustivo tratamiento legal de las minorías religiosas en España después de la Constitución, destacando el relativo a las de origen musulmán, cuya presencia en España se ha multiplicado en varios dígitos en los últimos años. Temática que continúa (capítulo III) en lo relativo a la escolarización de esta población en Aragón. De interés me parece el tratamiento de la cuestión relativa a la inconstitucionalidad de utilizar las lenguas regionales como criterio de identidad (pp. 195 y ss.), así como el Código ético de la actuación de los funcionarios y la objeción de conciencia (p. 220) o el supuesto de la

actuación de los funcionarios antidemócratas o antisistema (pp. 236 y ss.) e, incluso, el tema –que ha preocupado en Italia– sobre la pertenencia de funcionarios a sociedades secretas (pp. 245 y ss.).

6. **Valoración final.** Por lo que antecede fácil es de ver que la lectura de esta monografía no defrauda. Al margen de alguna discrepancia que he ido exponiendo sobre la marcha, y de cuestiones de detalle o de apreciación personal¹⁷, cabe destacar la valentía de afrontar un amplio temario rigurosamente actual, a veces con aristas de extraordinaria dificultad para su resolución, no dudando en internarse en dominios científicos que no son los suyos propios, empresa que supera con éxito, ofreciendo soluciones generalmente bien fundadas y claramente expuestas. En cuanto al fondo de la obra recensionada, no cabe duda de que se hizo acreedora al Premio obtenido.

(17) Por regla general la autora selecciona adecuadamente la bibliografía de las materias ajenas a su especialidad que utiliza, y esto vale para el Derecho civil. Le sugiero que las obras fundamentales del maestro DE CASTRO y BRAVO, y de su discípulo DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN hubiera sido mejor citarlas de primera mano, pues sus obras se encuentran en cualquier biblioteca de Derecho privado. En la p. 100 dice que, entre nosotros, se da poca aplicación del Derecho comunitario, lo que pudo ser cierto algunos años ha, pero que está evolucionando rápidamente (me remito al trabajo de M.^a del Pilar PERALES VISCASILLAS: «Aplicación jurisprudencial de los principios de Derecho contractual europeo», en el vol. *Derecho privado europeo: Estado actual y perspectiva de futuro*, Cizur Menor, 2008); también debiera matizarse que el Derecho foral se aplica poco, pues en ciertas CCAA se está incrementando. No puede afirmarse (como en la p. 195) que el Cc español tiene gran influencia en Latinoamérica, dado lo tardío de su promulgación cuando algunos códigos hispanoamericanos habían sufrido ya varias reformas. En cambio es verdad que nuestro Derecho civil en general ha ejercido, y sigue ejerciendo, amplio influjo en esos territorios.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- ✓ Seminario Internacional de Expertos sobre Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea
21, 22 y 23 de octubre de 2009. Universidad de Zaragoza.
- ✓ La mujer inmigrante en Castilla y León
27 y 28 de octubre de 2009. Valladolid. Organiza: Junta de Castilla y León.
- ✓ IV Jornadas aragonesas de inmigración. Políticas de inmigración ante la crisis
19 y 20 de noviembre de 2009. Zaragoza. Organiza: Gobierno de Aragón.
- ✓ I Congreso Nacional de Extranjería y nacionalidad
25 y 26 de noviembre de 2009. Universidad de Granada (Departamento de Derecho Internacional Privado e Historia del Derecho).

NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA REDMEX

La *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (REDMEX) **publica exclusivamente originales** que versen sobre las materias comprendidas en su ámbito, ya se trate de derecho español, europeo o internacional, y de los correspondientes análisis jurisprudenciales.

Los originales han de ser enviados en castellano, editados en cualquier procesador de texto. Y serán remitidos al correo electrónico: *revista@intermigra.info*.

Tras el título, el autor y el sumario, en todo caso deben incluir un resumen en español e inglés (*abstract*); después insertarán una relación de 10 palabras clave como máximo, también en español e inglés (*keywords*) y el correspondiente desarrollo o cuerpo principal del texto. La extensión máxima de los **artículos y estudios** –incluidas notas a pie de página y, en su caso, anexos– será de 25 a 30 páginas a doble espacio, con letra de 12 puntos, en formato A4. El resumen, en castellano e inglés, será de un máximo de 15 líneas. Las **notas y apuntes** abarcarán un máximo de 15 páginas.

La REDMEX somete los originales recibidos a **un proceso de evaluación**. Los que superan la preselección del Consejo Asesor son remitidos (omitiendo cualquier referencia al autor o autora) a dos evaluadores externos de reconocido prestigio en la materia. Los evaluadores externos pueden decidir la publicación del original sin modificación alguna, su revisión por los autores (incluidos los criterios básicos mínimos) o su rechazo. La Dirección comunicará tal decisión a los autores, indicando (en su caso) el número de la REDMEX en el que se realizará la publicación.

Se procurará retribuir las colaboraciones de acuerdo con su extensión y originalidad.

También damos publicidad de todas aquellas jornadas de trabajo y eventos que nos remitan y que se celebren sobre esta materia, las cuales aprovecharemos para incluir en el apartado «Convocatorias desde las dos orillas».

Los libros y revistas recibidos por la REDMEX podrán ser objeto de recensión.

La revista tendrá carácter cuatrimestral. Normalmente se cerrará el número de otoño el 1 de octubre; el de primavera, el 1 de febrero, y el número de verano, el 1 de junio, respectivamente.

