

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. **José Luis Rodríguez Candela** Abogado del Ilustre Colegio de Málaga. **Eduard Sagarra i Trías** 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

Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Universidad de Zaragoza.

© LEX NOVA 2009

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

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

DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA
REVISTA de DERECHO DE EXTRANJERÍA **N.º 20** MARZO 2009

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. El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados**
M.ª DOLORES ADAM MUÑOZ

[47] **II. ¿Integrando por Ley?: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley Autonómica Valenciana 15/2008**
ÁNGELES SOLANES CORELLA

[77] **III. 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**
FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ

DOSSIER: XIX ENCUENTRO ABOGACÍA SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO

[99] **I. La actuación colectiva de la Abogacía Española en materia de extranjería. La asistencia de oficio**
PASCUAL AGUELO NAVARRO (Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española)

[117] **II. XIX Encuentro Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo**
SANTANDER, 21 AL 23 DE MAYO DE 2009

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[123] **I. Índice analítico de voces**

[123] **Asilo**
[132] **Expulsión**
[144] **Derecho al trabajo**
[151] **Permiso de trabajo**

[154] **Derecho Penal**
[161] **Homologación**
[169] **Nacionalidad**
[180] **Régimen comunitario**

[201] **II. La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: una análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo**
JOSÉ VICENTE LORENZO JIMÉNEZ

[231] **III. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería (Crónica jurisprudencial, 1-julio-2007-31-diciembre-2008)**
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

CRÓNICAS LEGISLATIVAS:

[265] **I. Crónica legislativa**

[265] **Fuentes internas**
[265] **Fuentes internacionales**
[266] **Fuentes de la Unión Europea**

[267] **II. Europa en breve. Información semanal de la Delegación en Bruselas**

[275] **III. El traspaso de competencias a las CCAA en materia de extranjería. Especial referencia al caso catalán**
LAURA GARCÍA JUAN

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[287] **I. La migración en Brasil: aspectos básicos**
ARMANDO ALVARES GARCÍA JÚNIOR

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS:

[321] **I. Notas bibliográficas**

[331] **II. Jornadas sobre Extranjería**

MIGRATORY RIGHT AND FOREIGNERS AFFAIRS
FOREIGNERS LAW JOURNAL **NO. 20** MARCH 2009

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.**

Contents:

[7] EDITORIAL

ARTICLES:

[11] **I. The juridical framework of the foreign non-accompanied minors**
M.ª DOLORES ADAM MUÑOZ

[47] **II. Integrating by law? from the European integration contracts to the commitment of the Valencian Autonomous Law 15/2008**
ÁNGELES SOLANES CORELLA

[77] **III. The reciprocity principle as condition for the recognition of the right of suffrage to foreigners in the municipal elections in Spain and its implications on International Law**
FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ

DOSSIER: XIX MEETING LEGAL PROFESSION ON FOREIGNERS LAW AND ASYLUM

[99] **I. The collective action of the Spanish Legal profession as regards foreigners affairs. The court-appointed assistance**
PASCUAL AGUELO NAVARRO (Subcommittee of Foreigners affairs of the General Council of the Spanish Legal profession)

[117] **II. XIX Meeting Legal profession on Foreigners Law and Asylum**
SANTANDER, 21-23 MAY 2009

REPORTS OF JURISPRUDENCE:

[123] **I. Analytic index of voices**

[123] **Asylum**
[132] **Expulsion**
[144] **Right to work**
[151] **Working license**

[154] **Criminal Law**
[161] **Recognition of qualifications**
[169] **Nationality**
[180] **Community regime**

[201] **II. Foreigners expulsion for irregular stay in Spain: an analysis of the High Court´s jurisprudence**
JOSÉ VICENTE LORENZO JIMÉNEZ

[231] **III. The European Court of the Human Rights and the Foreigners Affairs (Jurisprudential report 1-July-2007 31-December-2008)**
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

LEGISLATIVE REPORTS:

[265] **I. Legislative report**
[265] **Domestic sources**
[265] **International sources**
[266] **European Union sources**

[267] **II. Europe in brief. Weekly information from the Delegation in Brussels**

[275] **III. The transfer of competences to the Autonomous Regions as regards alienage. An special reference to the Catalan case**
LAURA GARCÍA JUAN

RESEARCHS FROM BOTH SHORES:

[287] **I. Migration in Brazil: basic aspects**
ARMANDO ALVARES GARCÍA JÚNIOR

BIBLIOGRAPHICAL NOTES, BRIEFS AND NOTIFICATIONS:

[321] **I. Bibliographical notes**

[331] **II. Conferences about foreigners affairs**

EDITORIAL

Cuando el lector tenga en sus manos este número 20 de la REDMEX, puede recordar que nuestra querida y trabajada Revista ha adquirido la solidez y madurez necesarias para haberse convertido en un importante referente en la investigación jurídica del hecho migratorio. Siete años de vida de un revista especializada como la REDMEX (unidos a su difusión y el acercamiento a ella de personas dedicadas a materias migratorias en la teoría y en la práctica) es un período suficiente como para considerar alcanzada la mayoría de edad.

Desde esta posición la REDMEX pretende examinar y ofrecer algunas propuestas de solución a la intensa actual crisis estructural, que, sin duda, afecta a los procesos migratorios y, en consecuencia, al trabajo de los profesionales implicados en este campo del Derecho Migratorio y la Extranjería.

Nuevos tiempos que exigen una mayor atención a los problemas que se derivan del proceso de integración y convivencia de numerosas personas y familias de orígenes muy diversos que han tomado la decisión de permanecer, temporal o permanentemente, en territorio español y consiguientemente europeo. Esta decisión de establecerse pacíficamente debe ser respetada.

En este nuevo contexto debemos ser plenamente conscientes de que, si las políticas de integración fracasan, podemos asistir a importantes brotes de xenofobia y racismo que deriven en acontecimientos de confrontación social poco deseables para nadie; máxime si tenemos en cuenta que las cifras de irregularidad pueden verse incrementadas en los próximos meses como consecuencia de una crisis económica aguda que en muchos casos impide la estabilidad de los permisos residenciales y de trabajo.

Para quienes pensamos que el derecho debe ser la plasmación de la ley del más débil serán tiempos difíciles en los que probablemente deberemos asistir a fuertes tensiones sociales; en estos tiempos no será extraño que algunos medios y entornos hagan aparecer a las personas migrantes como el chivo expiatorio de muchos de los males que atraviesan nuestras sociedades; ello sucedió en el pasado y hoy corremos el nada teórico riesgo de que vuelva a suceder.

Cuantos participamos en la elaboración de la REDMEX siempre hemos tomado partido a favor de las personas y de sus Derechos Humanos; por eso exigimos la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, principio esencial en cualquier ordenamiento interno o internacional. La consecuente aplicación de ese principio exige y exigirá fuertes dosis de generosidad, solidaridad y realismo.

Mientras caminamos en la mencionada dirección somos conscientes de que en esta materia estamos defendiendo un verdadero *ius humanitatis;* a su reconocimiento y a la protección efectiva de los Derechos Humanos de todos y todas seguiremos dedicando con intensidad nuestro trabajo profesional e intelectual.

En la mencionada dirección repasamos el contenido de este número 20 de la REDMEX, en el que encontramos, en primer lugar, tres **Artículos** sobre temas de la máxima actualidad: el primero de ellos pone de manifiesto el régimen jurídico al que queda sometido en el Estado español el menor extranjero no acompañado; a continuación, se examina la problemática de la integración de las personas inmigrantes en el ámbito de la Unión Europea repasando los contratos europeos de integración, comparándolos con las previsiones de la Ley autonómica valenciana; por último, se desarrolla el tema de máxima actualidad acerca del 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.

En el **Dossier** de este número hemos querido dar noticia de la próxima celebración del «XIX Encuentro anual de la abogacía española en materia de extranjería y asilo» en el que la reflexión sobre el papel de los abogados en el nuevo contexto migratorio debe tener un protagonismo central de los debates. Como los lectores saben, se trata del evento de la máxima importancia en España en materia migratoria.

En los apartados **Crónica de jurisprudencia** y **Crónica legislativa** destacamos el trabajo sobre el tema "expulsión versus multa", desarrollado desde la Universidad de Sevilla, cuya novedad estriba en que se sitúa a contracorriente de la interpretación doctrinal del Tribunal Supremo y que, sin duda, animará ulteriores debates sobre esta cuestión.

La Crónica anual de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería elaborada por el codirector de la REDMEX, Prof. A.G. Chueca, es un material único e imprescindible para estudiar la evolución del Derecho migratorio europeo. Los apartados se completan con una precisa nota sobre el tema de las nuevas competencias autonómicas en materia de autorizaciones de trabajo, la siempre útil "Europa en breve" y un extenso repertorio de sentencias.

Por último, atentos a lo que ocurre en las diferentes orillas geográficas, publicamos un interesante trabajo del Profesor de Derecho Internacional Económico brasileño, A. Alvares sobre el panorama genérico de la migración en Brasil.

Sólo resta desear una buena y fructífera lectura de la REDMEX y buena suerte.

Artículos

M.ª Dolores Adam Muñoz

Profesora Titular
de Derecho Internacional Privado
Universidad de Córdoba
(ijladmum@uco.es)

I

El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados

RESUMEN

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

Este estudio pone de manifiesto el régimen jurídico al que queda sometido en el Estado español el menor extranjero no acompañado, ya que, en su determinación, confluyen una serie de normas, tanto de carácter nacional, como internacional y europeo, dirigidas a la consecución de su interés superior, concretado, según dicha normativa, en la reagrupación con su familia en origen. Sólo en defecto de la consecución de este objetivo, el menor permanecerá en España tutelado por una Entidad Pública.

A la luz de estas dos posibilidades se examinan, desde la perspectiva del Derecho internacional privado cuestiones como, los medios empleados para llegar a España, colaboración del Estado español y de la Unión Europea con los países de origen, determinación de la edad, medidas de protección, etc. poniendo un especial énfasis en las garantías que han de ser observadas, tanto en los procedimientos de repatriación, como las que se han de llevar a cabo en el caso en el que el menor permanezca en España.

ABSTRACT

THE JURIDICAL FRAMEWORK OF THE FOREIGN NON-ACCOMPANIED MINORS

This research-paper will deal with the juridical framework to which the foreign non-accompanied minor will be submitted when he is under Spanish jurisdiction. In the accomplishment of this determination, several rules, either national, international or European, are brought together. All of these rules are focused on pursuing the child"s best interest which is cast in concrete regrouping the minor with his family in his country of origin and only if this is not achieved, he will stay in Spain under the Public Entity"s care.

M.ª Dolores Adam Muñoz

From the Private International Law"s point of view, the two already mentioned options lead to the examination of different issues such as: means by which the child arrived at Spain, collaboration of the Spanish Government and the European Union with the origin countries, determination of the legal age, protection policies, etc. putting special emphasis on the guarantees that must be observed regarding both the repatriation procedures and the ones which have to be carried out in case the minor stays in Spain.

SUMARIO

I. Consideraciones generales.

II. Determinación de menor extranjero no acompañado. A) Introducción. B) Concepto de menor extranjero. a) Situación de extranjería. b) Situación de minoría de edad. C) El carácter de «no acompañado» del menor extranjero.

III. Caracteres de la normativa aplicable al menor extranjero no acompañado.

IV. Disposiciones de la normativa de extranjería aplicables a los menores extranjeros no acompañados.

V. Procedimiento para la adopción de una resolución en relación con los menores extranjeros no acompañados. A) El menor extranjero no acompañado como sujeto de derechos. B) Aspectos más relevantes del procedimiento para adoptar una resolución en relación con el menor extranjero. a) Determinación de la edad del posible menor. b) El Protocolo, realizado el 14 de noviembre de 2005. c) Puesta a disposición de las autoridades competentes en materia de protección de menores del menor extranjero. d) Permanencia del menor extranjero no acompañado en territorio español. e) Resoluciones de los tribunales españoles sobre el modo en que se ha de llevar a cabo la repatriación del menor extranjero no acompañado. a') Capacidad procesal del menor extranjero no acompañado para comparecer en juicio. b') Derecho a ser oído. c') Necesidad de notificación al menor de la resolución de repatriación. d') Derecho a la asistencia jurídica independiente a la de su tutor. e') Extemporaneidad del recurso. f') La repatriación al país de origen para su reagrupación familiar se ha de llevar a cabo con todas las garantías.

VI. Perspectivas de futuro.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

A partir de la década de los setenta del pasado siglo xx, algunos Estados pertenecientes a la Unión Europea protagonizan una nueva modalidad de inmigración constituida por menores extranjeros no acompañados. Uno de los factores fundamentales que influyeron en este nuevo proceso migratorio lo constituye la desintegración de los países de la Europa del Este y los conflictos que ésta llevó aparejados, de manera que los menores abandonaron sus lugares de origen y marcharon hacia ciertos Estados de la Unión buscando una vida mejor. Así, en Alemania los menores extranjeros comienzan a hacerse patentes en los años setenta y en Italia en los años ochenta y principios de los noventa, después de la desestructuración de Yugoslavia.

España no permanece ajena a esta modalidad de movilidad infantil y, en esa misma época, nuestro territorio constituye el destino de menores que, provenientes fundamentalmente del continente africano, esperan poder contar en nuestro país con unas mejores condiciones para su futuro que las que les podía ofrecer su país natal.

En efecto, dada la proximidad geográfica entre España y África, teniendo además presente que dos ciudades españolas, Ceuta y Melilla, se encuentran en el continente africano, nuestro Estado constituye el destino ideal para estos menores cuyas expectativas radican, no ya sólo en permanecer en nuestro país, sino también en trasladarse a otros Estados de la Unión Europea, en los que puedan existir mayores oportunidades para su desarrollo. Esta cercanía tiene como consecuencia inmediata que la mayoría de los menores inmigrantes que llegan a España provengan de Marruecos, prácticamente el 95%, mientras que el 5% restantes son de origen de países del África Subsahariana[1].

Podemos señalar tres causas fundamentales que propician la emigración de menores marroquíes. La primera es el contexto de exclusión social en el que viven la mayor parte de las familias de estos menores, tanto en las zonas urbanas, como en las rurales. La segunda está propiciada por el deficitario sistema de protección de la infancia en Marruecos y sus prácticas sociales y la tercera la constituye el papel social que cumple la idealización de la emigración en Marruecos, la cual constituye un referente social[2]. Así, en un 57% de los casos la familia está al tanto de que el menor emigra, incluso, en un 35% de los casos, le proporciona los medios para hacerlo ahorrando el dinero necesario para que pueda realizar su viaje hacia nuestro país, ya que, en ocasiones, la única esperanza de la familia es el menor que deja en origen a sus seres queridos y emprende la aventura migratoria[3].

(1) El Estado español, junto con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), puso en marcha en Senegal una campaña publicitaria, la cual comenzó el 19 de septiembre de 2007 y tuvo una duración de un mes y medio, para alertar a los jóvenes de los riesgos que corren al emigrar de manera irregular y de la inutilidad que comporta el utilizar las pateras como medio para entrar en España, ya que los riesgos que corren no le garantizan su estancia en España, al contrario, es muy probable que sean devueltos a su país de origen.

(2) M. JIMÉNEZ ÁLVAREZ: «Donde quiebra la protección: reagrupaciones familiares sin garantías», en *Los derechos de los menores extranjeros*, CGPJ, Gobierno de Canarias, Madrid, 2007, pp. 67-71.

(3) Según un estudio realizado por el Defensor del Menor de Andalucía en el año 2004, un 66% de los menores encuestados proviene de una familia pobre pero que cubre sus necesidades básicas, si bien, tenían que trabajar en su país de origen para ayudar al mantenimiento familiar, tienen buenas relaciones familiares, de manera que las discrepancias familiares no son el motivo de su emigración. El 57% señala que la iniciativa de la emigración ha sido suya y no de sus familiares y el 36% ha sido apoyado por su familia para venir a España y encontrar un trabajo que le permita contribuir al sostenimiento familiar. Defensor del Menor de Andalucía: *Menores inmigrantes en Andalucía. La atención de los centros de protección de menores,* Informe especial al Parlamento, Ed. Defensor del Pueblo Andaluz, enero de 2004, pp. 514-516.

Otras veces estos niños pertenecen a familias desestructuradas, malviven en la calle y llegan incluso a delinquir, teniendo adicciones y compañías nada recomendables, son niños agresivos y violentos que, en ocasiones, llegan a caer en manos de las mafias[4].

En un principio el modo en que los menores atravesaban las fronteras españolas era utilizando como escondite los bajos de los camiones o autobuses de turistas a los cuales esperaban en los puestos fronterizos (Tánger, Nador, Ceuta y Melilla[5] fundamentalmente), o como polizones en los barcos, siendo su destino la costa andaluza; sin embargo, este modo de transporte a finales del año 2002 no es el único y los menores comienzan a desplazarse en pateras y cayucos, alcanzando también la costa andaluza o bien, partiendo desde Tarfaya, las costas de las Islas Canarias[6], aunque en algunos supuestos los menores entran en España de una forma legal, por los puertos y aeropuertos acompañados de un adulto y, posteriormente, caen en la ilegalidad no abandonando España cuando caducan sus respectivas autorizaciones, como suele pasar con los adultos extranjeros[7].

(4) Para tener una idea de la realidad de la situación de estos menores en Marruecos, vid. C.F. FÁBREGA RUIZ: *Protección jurídica del menor inmigrante*, Colex, Madrid, 2001. J.C. CABRERA MEDINA: *Acercamiento al menor inmigrante marroquí*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005.

(5) Precisamente por las peculiaridades de las dos ciudades españolas, en cuanto a la población infantil extranjera no acompañada a la que tienen que atender, éstas han sido objeto de la concesión de una subvención directa otorgada por el Gobierno Central para el desarrollo de políticas sociales dirigidas a los menores extranjeros no acompañados. BOE núm. 228, de 22 de septiembre de 2007. Esta subvención asciende a la cantidad de 1.000.000 de euros para cada ciudad.

(6) Sobre los medios utilizados por los menores para su desplazamiento, vid. con carácter general, M. JIMÉNEZ ÁLVAREZ: *Análisis de procesos migratorios transnacionales de los menores de origen marroquí.* Actas del 4.º Congreso sobre la Inmigración en España, *Ciudadanía y participación*, coord. C. SERRA y J.M. PALAUDÀRIAS, Gerona, 2004 (publicado en CD).

(7) En relación con el tráfico ilícito de migrantes, España ha ratificado la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE 29 de septiembre de 2003) y el Protocolo, realizado en la misma fecha y en el mismo lugar, contra el tráfico ilícito de migrantes realizado por tierra, mar y aire (BOE de 10 de diciembre de 2003). Asimismo, ha ratificado el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE núm. 696, de 11 de diciembre de 2003). A tenor de estos instrumentos, la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, posibilita que se persiga fuera de España el tráfico ilegal de personas o la inmigración clandestina, modificando el artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, que en su apartado g) atribuye competencia a nuestros tribunales para conocer del delito del «tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores». Asimismo, modifica el artículo 318 bis del Código Penal, señalando que: «El 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, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión». Como podemos observar, se castiga y persigue, no solo al que lleve a cabo el tráfico ilegal de personas, sino al que lo favorezca o facilite, siendo indiferente que este tráfico se dirija o no a la realización de una actividad laboral y que el destino sea España u otro Estado de la Unión Europea. De este modo podríamos considerar que se encuentran incluidos en este tipo penal aquellas personas que trafiquen con menores inmigrantes, si bien, desde nuestro punto de vista, esta actividad, habida cuenta la especial vulnerabilidad de los menores, podría constituir un tipo agravado (BOE núm. 278 de 20 de noviembre de 2007, correc. errores BOE núm. 310 de 27 de diciembre de 2007). Sobre el tráfico ilícito de personas, vid. con carácter general, H. PADILLA ALBA: «La inmigración clandestina» y SERRA URIBE, C.E.: «Tráfico de seres humanos: aspectos policiales y de protección de las víctimas», ambos en *Inmigración y derechos de los extranjeros*, dir. A. FERNÁNDEZ LE GAL y S. GARCÍA CANO, Córdoba, 2005, pp. 217-244 y 245-255, respectivamente. C. ANGUITA OLMEDO: «El tráfico ilegal de seres humanos. Redes transnacionales y crimen organizado», en *Migraciones y desarrollo*, II Jornadas Iberoamericanas de Estudios internacionales, coord. F. ALDECOA LUZÁRRAGA y J.M. SOBRINO HEREDIA, Madrid, 2007, pp. 73-86.

II. DETERMINACIÓN DE MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

A) Introducción

La normativa de extranjería se refiere de forma expresa a los menores, si bien, se puede apreciar la existencia una discrepancia en cuanto a la descripción de su situación. Así, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España[8], la cual fue modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre[9], se refieren respectivamente en sus artículos 32 y 35 a la «residencia de menores»; sin embargo, el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se desarrolla la Ley[10], dentro de la sección dedicada a «los menores extranjeros», se refiere en su artículo 62 a los «menores extranjeros en situación de desamparo» y el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos libertades de los extranjeros en España y su integración social[11], utiliza en su artículo 92 la expresión «menores extranjeros no acompañados», situación a la cual nos vamos a referir a la hora de abordar este trabajo, aunque somos conscientes de que existen otras situaciones en las que el menor extranjero se puede encontrar en una posición de especial desprotección[12].

B) Concepto de menor extranjero

La situación del menor extranjero es especialmente vulnerable, en primer lugar por su carácter foráneo y, en segundo lugar, por su minoría de edad. No obstante, antes de continuar con nuestro análisis hemos de determinar qué se ha de entender por menor extranjero, ya que la normativa de extranjería, aunque hace referencia a esta figura, no determina quién posee esta condición.

a) Situación de extranjería

La determinación de esta situación ha de realizarse a tenor de los diferentes sistemas jurídicos que nuestro Ordenamiento contiene en materia de extranjería: aquel, que podríamos denominar privilegiado, del que gozan los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein) y Suiza[13] y el sistema general, el cual es de aplicación a los nacionales de terceros países. Así pues, únicamente los menores nacionales de estos terceros países son los que quedan incluidos en el concepto de «menor

(8) BOE núm. 10 de 12 de enero.

(9) BOE núm. 307 de 23 de diciembre.

(10) Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001.

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

(12) Así, por ejemplo, puede ocurrir que el menor se encuentre en nuestro país con su familia, pero que ésta no pueda hacerse cargo de él, de manera que la sustituirían en esta obligación las autoridades públicas españolas, asumiendo la tutela temporal. También aquellas situaciones en las que los menores llegan a España mediante una mafia de tráfico de personas y quedan sujetos a una situación de semiesclavitud, etc.

(13) Vid. por todos, I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ: *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Univ. de Córdoba, 2.ª ed., 2002, pássim.

extranjero» a efectos de la aplicación de la normativa de extranjería[14]. No obstante, quedan excluidos de este régimen general los menores extranjeros solicitantes de asilo o refugio[15] y los menores de edad que gocen de la especial condición de apátridas[16].

b) Situación de minoría de edad

En relación con este aspecto, hemos de acudir a las normas de Derecho internacional privado y, en concreto, al artículo 9.1 del Código Civil, el cual señala que la mayoría de edad se rige por la ley nacional del individuo. En España, a tenor del artículo 12 de la Constitución y, como desarrollo de éste, del artículo 315 del Código Civil, la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años cumplidos, límite que se tiende a adoptar de forma generalizada en los Estados de nuestro entorno. Así, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países[17] señala en su artículo 1 que la presente resolución «se refiere a los menores de dieciocho años nacionales de países terceros...», de manera que, en la determinación de la mayoría de edad no deja posibilidad alguna para la aplicación de la ley nacional de la persona, lo cual choca con lo preceptuado en nuestra normativa, ya que es posible que en otros Estados la mayoría de edad se alcance, bien a una edad más temprana o bien a una edad más tardía. A tenor de esta realidad el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección jurídica del menor[18] indica que: «la presente ley será de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que, en virtud de la ley que les sea aplicable, hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad», precepto que está en consonancia con el artículo 1 del Convenio sobre los Derechos del Niño elaborado en el seno de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificado por España en 1990[19]. Así pues, el halo protector de la Ley de extranjería se extiende hasta que la persona cumpla los dieciocho años[20], a no ser que alcance la mayoría de edad antes de cumplir los dieciocho años a tenor de su ley nacional (artículo 9.1 del Código Civil)[21].

(14) S. GARCÍA CANO: «Posición y "protección" del menor inmigrante en la actual legislación de extranjería», en *Inmigración y derechos de los extranjeros*, dir. FERNÁNDEZ LE GAL, A. y GARCÍA CANO, S., Córdoba, 2005, pp. 153-178.

(15) A esta situación se refiere el artículo 92.6 del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería, BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005.

(16) Vid. artículo 6 del Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida.

(17) Resolución del Consejo 97/C221/03, DOCE núm. C 221 de 19 de julio de 1997, pp. 0023-0027.

(18) Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

(19) BOE núm. 113, de 1 de diciembre de 1990. El precepto señala que: «Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

(20) Esta también es la edad que nuestro Ordenamiento marca para que el individuo alcance la mayoría de edad. Vid. artículo 12 de la Constitución y 315 del Código Civil y la que suele regir en la mayoría de los países del mundo.

(21) En contra de esta tesis vid. A. LÓPEZ AZCONA: «El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en el Derecho español», *Rev. de Derecho Migratorio y Extranjería*, marzo 2008, pp. 108-111. La autora mantiene esta posición basándose en determinadas resoluciones del TJCE y en ciertas Directivas que afectan a los menores extranjeros no acompañados; sin embargo, nosotros entendemos que, aunque estas Directivas todavía no se han transpuesto en el Ordenamiento Español, nuestro sistema no puede ir en contra de lo ratificado en un tratado internacional.

C) El carácter de «no acompañado» del menor extranjero

La normativa de extranjería no define lo que ha de entenderse por menor extranjero no acompañado, de forma tal que hemos de acudir a otras fuentes para intentar concretar este concepto. Así, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países ya citada, señala en su artículo 1 que la presente resolución «se refiere a los menores de dieciocho años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos», también se aplicará la Resolución a «los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos». En el mismo sentido se pronuncia la Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001[22].

De esta definición se pueden destacar los siguientes requisitos para considerar al menor extranjero «no acompañado»:

a) El menor ha de carecer de la compañía de un adulto al llegar al territorio español que se responsabilice de él.

b) La responsabilidad que recae sobre el adulto puede ser de hecho o de derecho.

c) El adulto declina su responsabilidad una vez que el menor ha entrado en el territorio español, de forma que lo deja solo.

III. CARACTERES DE LA NORMATIVA APLICABLE AL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

El siglo xx ha supuesto un cambio drástico en la consideración del menor como objeto del derecho a sujeto del derecho. Así, el menor ya no es objeto de interés únicamente en la esfera privada en la que se va a desenvolver su vida hasta que adquiera la mayoría de edad, sino que el Estado va a tomar una parte activa en la formación y protección del menor en cuanto individuo perteneciente a una colectividad y en cuanto que en el desarrollo de su personalidad está implicada la sociedad, ya que los acontecimientos sociales así lo demandan, niños abandonados, objeto de malos tratos, próximos a la delincuencia, drogadicción, etc. La solución de muchos de estos problemas ya no pasa por el binomio *menor-familia*, sino que aparece una nueva figura en la escena, convirtiéndose ese binomio en la ecuación *familia-menor-Estado*. En esta transformación de la consideración del menor cobran un papel relevante y decisivo la acción de las diversas organizaciones internacionales, como Naciones Unidas, el Consejo de

(22) Directiva relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. DOCE L 212, de 7 de agosto de 2001, la cual define a los menores extranjeros no acompañados como «nacionales de terceros países o apátridas menores de dieciocho años que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores que queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros». En este mismo sentido se define la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre reagrupación familiar en su artículo 2.f) (DOCE L 251 de 3 de octubre de 2003).

Europa, La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, la Unión Europea, etc.[23], las cuales, básicamente a través de convenios internacionales, tratan de salvaguardar los derechos fundamentales de los menores.

Con respecto al régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados hemos de retener dos factores de suma importancia a la hora de su determinación, ya que, por un lado son menores no acompañados, pero, por otro, son extranjeros, de manera que estos dos caracteres provocan, por una parte, la aplicación de una normativa proteccionista y respetuosa con el reconocimiento de sus derechos, la cual hace primar por encima de cualquier otra consideración el interés superior del menor y que resulta de aplicación independientemente de la nacionalidad de éste y, por otra, la aplicación de una normativa restrictiva como es la de extranjería que impone ciertas limitaciones a los derechos y libertades de los que pueden gozar los extranjeros que se encuentren en España en comparación con los que disfrutan los nacionales.

Así, el antagonismo entre las dos normativas aplicables al menor extranjero no acompañado queda puesto de manifiesto ya que una de estas normas limita los derechos de los extranjeros, reservando para sus nacionales el goce total de ellos y estableciendo como criterio diferenciador el de la nacionalidad y la otra es de carácter más universalista y propugna la consecución última del interés superior del menor sin hacer discriminaciones por razón de la nacionalidad[24].

En relación con la legislación de extranjería podemos destacar las siguientes normas:

1.ª En el ámbito internacional, centrándonos fundamentalmente en el marco de la Unión Europea y su política migratoria común, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 sobre menores no acompañados procedentes de terceros países antes citada, aunque la mayoría de sus preceptos son de carácter tuitivo, en el artículo 2 permite que los Estados miembros denieguen la admisión en frontera a los menores no acompañados, en particular, cuando no posean los documentos y autorizaciones requeridas para ello, excepción hecha de los menores solicitantes de asilo. Asimismo, aconseja a los Estados que adopten las medidas adecuadas para impedir la entrada no autorizada de menores extranjeros no acompañados y que cooperen para prevenir la entrada y permanencia ilegales de menores de edad no acompañados en su territorio.

2.ª En el ámbito nacional será de aplicación toda la normativa en materia de extranjería a la que ya nos hemos referido en líneas atrás.

(23) Vid. M.D. ADAM MUÑOZ: «La protección internacional de los derechos fundamentales del menor», en *La educación infantil y la formación del profesorado hacia el siglo XXI: integración e identidad*, Ed. M.D. GARCÍA FERNÁNDEZ y V. MARÍN DÍAZ, Universidad de Córdoba, 2004, pp. 126-147.

(24) En relación con esta dualidad normativa M. HEREDIA PUENTE y C.F. FÁBREGA RUIZ, afirman que en ningún caso debería primar la normativa de extranjería sobre la de protección de los derechos fundamentales del menor, ya que de ser así se estarían vulnerando numerosos convenios internacionales. «Problemas y paradojas del Derecho de extranjería, con especial referencia a los menores extranjeros», Rev. *Poder Judicial*, núm. 39, 1995, p. 397. J.M. ESPINAR VICENTE: «La protección del menor extranjero en el sistema jurídico español», Rev. *Infancia y Sociedad*, núm. 33 (*La familia y la protección a la infancia en la UE*), 1995.

En relación con el segundo tipo de normas; es decir, las de carácter tuitivo, podemos destacar los siguientes textos:

1.º En el ámbito internacional:

– La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de diciembre de 1989. Es el primer convenio donde se recogen de una forma completa por primera vez los derechos del niño y en el que se obliga a las personas e instituciones implicadas en su protección a poner todos los medios para que estos derechos sean efectivamente reconocidos cuidando que prevalezca el «interés superior del niño».

– Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961[25]. En este Convenio[26], el interés del menor aconseja facilitar el acceso a las autoridades judiciales y extrajudiciales, atendiendo a criterios de proximidad [27]. En efecto, el artículo 1 del Convenio indica que sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5.3 del Convenio, «las autoridades tanto judiciales como administrativas, del Estado de la residencia habitual de un menor, serán las competentes para adoptar medidas encaminadas a proteger su persona o sus bienes» y el artículo 2 señala que dichas autoridades aplicarán las medidas previstas por su ley interna, siendo así la autoridad competente la que determina la ley aplicable, con lo cual se utiliza un método unitario al hacer coincidir el foro con el *ius*. De este modo, la ley nacional del menor, en cuanto ley rectora de las medidas de protección, según el artículo 9.6 párrafo 1.º del Código Civil, quiebra en favor de la ley de la residencia habitual. No obstante lo anterior, el artículo 9 del Convenio señala que en los casos de urgencia las autoridades del Estado contratante en el que se encuentre el menor o bienes que le pertenezcan serán las competentes para adoptar las medidas de protección que estimen pertinentes. Sin embargo, estas medidas cesarán tan pronto como las autoridades competentes, a tenor de lo establecido en el Convenio, hayan adoptado las medidas que la situación exija.

– Carta Europea de los Derechos del Niño[28]. En ella se recogen los derechos fundamentales de los menores, si bien, en relación con algunos derechos hace distinciones en cuanto a su ejercicio en atención a que el menor sea o no nacional de un Estado miembro. Lo más relevante de este texto es que el Parlamento Europeo pide a los Estados miembros que ratifiquen sin reservas la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y sugiere a la Unión Europea su adhesión a él, tan pronto como la ratifiquen los Estados miembros.

2.º En el ámbito nacional:

– La Constitución de 1978 representa un claro exponente de la protección que el Estado brinda a los menores. Así, el artículo 14 prohíbe todo tipo de discriminación en el disfrute de los derechos y el artículo 39 establece la protección de la familia y la necesidad de que no se produzcan dis-

(25) BOE núm. 199, de 20 de agosto de 1987.

(26) A tenor de su artículo 18, el Convenio de 1961 sustituye en las relaciones entre Estados contratantes al Convenio de 1902 sobre la ley aplicable a la tutela de menores. Este último sólo regirá en las relaciones entre los Estados que no hayan ratificado el Convenio de 1961.

(27) M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: «La tutela y demás instituciones de protección del menor en el Derecho internacional privado», *BIMJ*, núm. 1766, de 15 de enero de 1996, p. 10. Sobre el principio de proximidad, vid. P. LAGARDE: «Le principe de proximité...», ob. cit.

(28) Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de julio de 1992. DOCE núm. C 241 de 21 de septiembre de 1992.

criminaciones por razón de nacimiento. Especial relevancia reviste el párrafo 4 de este precepto cuando estipula que: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», ya que se refiere de forma específica a los tratados internacionales en lo relativo a la protección de la infancia. Este precepto hemos de ponerlo en relación con el artículo 10.2 del Texto Fundamental que indica que: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». De esta forma, se pone de manifiesto la importancia que tiene la ratificación del Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño por parte del Estado español en cuanto al reconocimiento de los derechos del menor se refiere.

– El artículo 9.6 párrafo III del Código Civil establece que: «Será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español». Nos encontramos ante una norma que utiliza una técnica de las denominadas autolimitadas o de extensión, ya que extiende el ámbito de aplicación en el espacio de las normas de derecho interno, haciéndolas aplicables también a ciertas situaciones internacionales[29]. El precepto en cuestión viene a significar que la normativa española que determina las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapacitados abandonados en los casos meramente internos, se aplicará también por mor del mandato de aplicación que se contiene en él a supuestos privados internacionales; es decir, cuando el menor abandonado sea extranjero. El artículo 9.6 párrafo III del Código Civil extiende así la aplicación de la normativa interna española sólo a ciertas situaciones privadas internacionales, ya que un conjunto de situaciones privadas internacionales, cuando el menor se encuentre fuera de España, quedan al margen de su ámbito de regulación, a tales supuestos no se extiende la aplicación de la normativa española.

La utilización de esta técnica permite al legislador proteger determinados intereses especialmente vinculados con el Estado cuyas autoridades han de intervenir necesariamente, lo cual justifica que no deje la regulación del supuesto en manos de un derecho extranjero.

Este precepto fue criticado por la doctrina en el sentido de que aparecía sumamente restrictivo en su redacción en cuanto a las circunstancias que habían de concurrir para poder aplicar las medidas de protección en relación con el menor, ya que, al utilizar la ley el término «abandonados», los menores no deberían estar sometidos ni a patria potestad ni a tutela, lo que motivó que la doctrina se inclinara por una interpretación jurisprudencial más amplia por

(29) Tal y como está formulada esta norma, ha sido identificada por algún sector doctrinal como una norma «material imperativa» o «norma materialmente aplicable al tráfico externo». En palabras de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Se trata de una serie de disposiciones de la ley del foro, tanto de Derecho público, como de Derecho privado, cuyo interés para la sociedad estatal es demasiado relevante para que pueda entrar en concurrencia con las leyes extranjeras. Su ámbito de aplicación se determina, en consecuencia, teniendo en cuenta fundamentalmente el fin que persiguen y su aplicación se suele calificar de "inmediata" o de "necesaria" porque operan en principio al margen del procedimiento de atribución. Lo que importa en estas normas no es el grado de permisividad o de prohibición que contienen, sino el elemento de organización estatal que reflejan; dicha organización debe quedar seriamente afectada en virtud del intrusismo de la ley extranjera y ello justifica que su aplicación sea "normal", es decir, que no se presente como una excepción de las normas extranjeras». No obstante, como indica el citado autor, se trata de una norma que contiene un mandato de aplicación de la ley española y cuyo supuesto de hecho está conectado con la esfera territorial del Ordenamiento español. Vid. «Comentarios al artículo 9.6 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, T. I, p. 92.

medio de la cual se dejaran traslucir los intentos de la sociedad española por ofrecer una acción protectora[30].

A pesar de las reformas legislativas operadas en nuestro Ordenamiento en materia de protección de menores, el artículo 9.6 párrafo III del Código Civil, ha permanecido invariado. Éste sigue utilizando el término «abandonados», referido a los menores, cuando esa denominación ha desaparecido del ámbito de nuestra legislación desde la reforma operada en 1987 en materia de protección de los menores, sustituyéndose por el vocablo «desamparados»[31]; sin embargo, hemos de entender que el artículo 9.6 párrafo III del Código Civil cuando se refiere a «menores abandonados», está describiendo una categoría de desamparo. Así fue entendido por DE PABLO CONTRERAS cuando indicó que no existe problema alguno en equiparar la situación de abandono a la de desamparo del antiguo artículo 172.1 del Código Civil[32], de modo que, de acuerdo con esta interpretación y, a tenor del artículo 9.6 párrafo III se podrán establecer medidas de protección del menor aunque éste esté sometido a patria potestad o a tutela[33], ya que ambas situaciones nos conducen a un mismo resultado, la desasistencia del menor por parte de aquellas personas que legalmente están obligadas a prestarla[34].

Esta afirmación concuerda con las manifestaciones vertidas en la Circular 3/2001, de 11 de diciembre, ya citada, según la cual mientras un menor extranjero sea tutelado por una entidad pública española su estancia en España se considerará legal, de manera que no podrá ser expulsado de España; sin embargo, para ello no es preciso que la Administración haya decretado formalmente el desamparo y que haya asumido la tutela, ya que aunque el *iter* lógico sea en primer lugar determinar la situación de desamparo, sobre todo por motivos de seguridad jurídica

(30) Vid, por todos, E. PÉREZ VERA: «Comentario al artículo 9.6 del Código Civil», ob. cit., p. 472. No obstante, ESPINAR VICENTE, J.M.: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1999, pp. 348 a 350, entiende que la expresión «abandono» presupone la ausencia de una relación paterno-filial o de una situación fáctica de carácter afín. Se trata de personas cuya filiación no puede determinarse en el sentido del antiguo artículo 17.4 del Código Civil; es decir, menores hallados en territorio español de los que se desconoce el lugar de nacimiento y su filiación o de personas que aun conociéndose de ellas tales extremos, se encontraren en una situación de hecho similar por la desaparición de sus padres, guardadores o tutores, ante la imposibilidad de conectar su situación con las previsiones protectoras de un Estado extranjero. «La situación de abandono presupone una situación en la que han de desconocerse necesariamente todos los datos que resultan precisos para determinar la filiación del hallado. Siempre que pueda conocerse su nacionalidad o su familia estaremos ante una situación de desamparo pero no de abandono. El abandono genera desamparo, pero constituye una categoría independiente».

(31) Sobre los presupuestos para que la autoridad pública decrete el desamparo de menores, vid. por todos, J.L. SEVILLA BUJALANCE: *El menor abandonado y su protección jurídica*, Córdoba, 2002, pp. 77 y ss.

(32) P. DE PABLO CONTRERAS: «Comentario al artículo 172 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia,* dirigidos por R. BÉRCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1993, pp. 40-44.

(33) No obstante, H. GRIEDER MACHADO: «Las incapacidades y sus formas de protección», ob. col. *Lecciones de Derecho civil internacional*, dir. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Madrid, 1996. p. 75, indica que existe diferencia entre ambas figuras, ya que, el término abandono supone una falta de protección, por carencia de los padres o del tutor, mientras que el desamparo, según el artículo 172.1 del Código Civil se refiere al incumplimiento o al imposible e inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia material o moral. Por su parte, J.M. ESPINAR VICENTE: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 2005, p. 349, señala que: «La situación de abandono presupone una situación en la que han de desconocerse necesariamente todos los datos que resultan precisos para determinar la filiación del hallado. Siempre que pueda conocerse su nacionalidad o su familia, estaremos ante una situación de desamparo, pero no de abandono».

(34) Sobre los supuestos a los que el artículo 9.6 III del CC resulta aplicable, vid. M.D. ADAM MUÑOZ: «Ámbito de aplicación de la normativa sobre la protección del menor extranjero», en *Personalidad y Capacidad Jurídicas*. Córdoba, 2005, pp. 19-42.

y para posibilitar un eventual recurso y, en segundo lugar, la asunción por parte de la Administración de la tutela *ex lege* del menor extranjero, en la práctica las medidas de protección del menor extranjero se producen *ope legis,* es decir, tan pronto como se tenga conocimiento de la situación de desamparo. Por idéntico motivo, cuando finalmente se documenta mediante el correspondiente permiso de residencia la legalidad de la situación del menor, ésta se retrotrae al momento en que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores, lo cual, conforme a la ley, ha de tener lugar tan pronto como se tenga conocimiento de la situación de desamparo.

Como podemos comprobar la Circular equipara esa situación de desamparo de hecho; es decir, sin que haya sido decretada legalmente, al abandono. De forma tal que las medidas de protección establecidas por la legislación española son de aplicación al menor que se encuentra en España desasistido de la protección de un adulto o institución pública o privada.

– La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, a la cual ya nos hemos referido anteriormente, a la vez que señala un catálogo de derechos fundamentales del niño, establece una serie de medidas de protección de los menores, las cuales se adoptarán independientemente de la nacionalidad que ostente el menor. El solo hecho de la presencia del menor en el territorio español basta para poner en marcha el dispositivo protector de la ley. Precisamente la aplicación de las medidas contenidas en esta Ley son las que proceden a tenor de lo preceptuado en el párrafo III del artículo 9.6 del Código Civil, ya que esta norma de extensión, como es lógico, no diferencia para adoptar las medidas protectoras entre si el menor es nacional o extranjero, lo cual es de una gran relevancia, en tanto en cuanto el menor extranjero puede ser objeto de protección a través de todas las medidas establecidas por esta Ley.

IV. DISPOSICIONES DE LA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA APLICABLES A LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

El artículo 35 de la Ley de Extranjería se refiere a la «Residencia de menores» y establece diversas soluciones para el caso en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado tengan conocimiento o localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda establecerse con seguridad. Ante todo ese extranjero deberá ser objeto de la atención que necesite por parte de los servicios de protección de menores, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 1/1996, sobre protección jurídica del menor, y el siguiente paso será poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que éste ordene la determinación de la edad del extranjero. Esto mismo se prevé en el Reglamento de la Ley de extranjería en el artículo 92, si bien éste se refiere a «Menores extranjeros no acompañados». Si resulta que, de las pruebas realizadas, se determina que el extranjero es menor de edad continuará bajo la protección de las autoridades competentes en materia de protección de menores y se adoptarán alguna de las siguientes medidas:

1.ª Repatriación del menor a su país de origen de acuerdo con el derecho de reagrupación familiar.

2.ª Repatriación del menor al país en el que se encuentren sus familiares, también de acuerdo con el derecho de reagrupación familiar. Si bien la normativa no especifica quiénes han de

ser estos familiares, consideramos, de acuerdo con los preceptos sobre reagrupación familiar, que han de ser sus padres o abuelos, y que no podrán ser sus hermanos, tíos o primos, aunque éstos sean mayores de edad (artículo 39 del Reglamento), si bien, como más adelante pondremos de manifiesto, en este aspecto nuestra normativa de extranjería no es tan rigurosa.

3.ª En el caso de que la búsqueda de la familia haya resultado infructuosa, la Ley establece que los servicios de protección de menores también de su país de origen se hagan cargo del menor.

4.ª En el caso de que ninguna de las opciones mencionadas se hayan podido llevar a cabo el menor se quedará a residir en España tutelado por una Administración pública.

Como podemos comprobar las tres primeras soluciones pasan por el retorno del menor no acompañado a su país de origen, mientras que la cuarta consiste en que se quede en nuestro país. Hemos de señalar con respecto a ellas que el orden, en cuanto a su adopción, está establecido de una forma jerarquizada; es decir, las soluciones prioritarias radican en devolver al menor no acompañado a su país de origen, bien con su familia, o bien cuando un órgano de protección de menores de su Estado se haga cargo de él.

No obstante, la decisión en uno u otro sentido se adoptará por las autoridades españolas como consecuencia del seguimiento de un procedimiento establecido en la normativa de extranjería, el cual comienza con la detención del menor y su puesta a disposición de los servicios de protección de menores de la comunidad autónoma en la que se encuentre, pasa por la investigación de sus circunstancias personales y familiares y desemboca en la adopción de una decisión sobre su retorno a su país de origen o su permanencia en nuestro país.

La mayoría de estas circunstancias son conocidas por los menores extranjeros no acompañados, los cuales, como hemos indicado anteriormente, cuando han entrado en nuestro país se han marcado como objetivo regularizar su situación en España y encontrar trabajo para ayudar a su familia que ha quedado en origen. De este modo, lo último que desean es que las autoridades españolas los repatrien a su país de origen y que con este viaje de retorno desaparezcan sus ilusiones. Por este motivo, dificultarán al máximo las investigaciones de las autoridades españolas competentes, ocultando su identidad, procedencia, origen, familia, modo de entrada en nuestro territorio, etc., incluso se escaparán de los centros de protección de menores huyendo al territorio de otra comunidad autónoma española en la que no estén localizados.

Esta situación hemos de entenderla en sus justos términos y no por ello criminalizar al menor extranjero, sino intentar conjugar sus intereses con los del Estado español en relación con el cumplimiento de las medidas establecidas en la normativa de extranjería y aquellas que se refieren a la protección de los menores y a la salvaguarda de sus derechos fundamentales.

Si el menor ha de permanecer en España podemos comprobar que todas las medidas de la normativa que le es aplicable, y a la que hemos hecho referencia en líneas atrás, se dirige a su integración en nuestro país. La integración se entiende como una situación en la que el Ordenamiento Jurídico ha de tratar al menor extranjero no acompañado como lo que es; es decir, un ser humano desprotegido porque no existe ningún adulto que se haga cargo de él y al que hay que dotar de unas medidas de protección consistentes en su cuidado, asistencia, educación, formación, etc. Con la finalidad de que cuando alcance la mayoría de edad se pueda valer por sí mismo.

V. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE UNA RESOLUCIÓN EN RELACIÓN CON LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

A) El menor extranjero no acompañado como sujeto de derechos

El procedimiento para adoptar una de las cuatro soluciones a las que hemos hecho referencia anteriormente se describe en la normativa de extranjería y pasa fundamentalmente por cuatro fases (intervención, investigación, decisión y ejecución), en las que intervienen tanto autoridades estatales, como autoridades autonómicas, ya que el artículo 148.1.º.20 de la Constitución establece la posibilidad de que las comunidades autónomas puedan asumir competencias en materia de asistencia social, como ya hemos indicado anteriormente. A tenor de este precepto, los diversos Estatutos de Autonomía de las comunidades autónomas disponen de competencias para legislar sobre asistencia social o servicios sociales en general y concretamente en materia de protección de menores[35].

Un análisis pormenorizado de las distintas fases de este procedimiento lo llevamos a cabo anteriormente en un trabajo realizado en el año 2005[36]. Por este motivo, nos vamos a referir aquí únicamente a las peculiaridades de cada una de las fases de este procedimiento y a cómo han evolucionado o se presentan en la actualidad las distintas actuaciones que han de realizarse en el ámbito de cada una de estas fases.

Para llevar a cabo el procedimiento de adopción de una resolución en relación con un menor extranjero no acompañado existe un protocolo de actuación realizado según lo estipulado en la normativa de extranjería por el Observatorio de la Infancia (Dirección General de las Familias y la Infancia) organismo que depende del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales[37].

Ante todo, hemos de poner de manifiesto que el objetivo que se pretende conseguir con este procedimiento es la obtención del interés superior del menor, el cual constituye el eje central en relación con todas las decisiones que las autoridades y los particulares tomen referentes a él[38]. Ello se constata de la lectura del artículo 3.1 del Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989[39] y, como consecuencia del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección jurídica del menor[40]; sin embargo y, al ser el interés superior del menor un concepto jurídico indeter-

(35) Las diferentes normas en materia de protección de menores de las comunidades autónomas se pueden consultar en C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ: *La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónomas,* Dykinson, Madrid, 1998.

(36) Vid. M.D. ADAM MUÑOZ: «La actuación de los Poderes Públicos en los procesos migratorios de menores», en *Estudios sobre Derecho de extranjería*, dir. E. ÁLVAREZ CONDE y E. PÉREZ MARTÍN, Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005, pp. 529-553.

(37) Vid. página web *www.mtas.es.*

(38) Sobre el interés superior del menor, vid. con carácter general, S. GARCÍA CANO: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Colex, Madrid, 2003, pp. 229 y ss. y bibliografía allí citada.

(39) El Convenio establece que: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

(40) Este precepto señala que: «En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...»

minado, como ya afirmara en su día la Profesora E. Pérez Vera[41], somos los adultos los que en cada situación delimitamos cuál ha de ser este interés. Nos encontramos, por lo tanto, ante una pauta jurídica, ante una regla que va más allá de la mera recomendación: es un estándar de actuación con fuerza normativa, pese a lo indeterminado y mutable de su contenido, capaz de reorientarse en función de la época, la geografía, el contexto y las demás circunstancias concurrentes[42]. De este modo, en el caso que nos ocupa, la normativa de extranjería establece que ese interés superior del menor se cumple, en primer lugar, mediante la repatriación a su país de origen para ser reagrupado con su familia, que, en definitiva, es con la que el menor ha de estar y la que tiene la obligación de hacer frente a sus necesidades, como así también lo establece el Convenio de 1989 (artículos 5 y 9, entre otros).

No obstante lo anterior, y estando dentro de lo posible que la decisión de los adultos no se ajuste a la voluntad del menor ni a lo que él considera mejor para su desarrollo, tanto el Convenio de Naciones Unidas (artículo 12)[43] como la Ley Orgánica 1/1996 (artículo 9)[44] establecen el derecho que el menor tiene a ser oído y a expresar lo que considere que es mejor para su situación. Este derecho a ser oído no ha de convertirse en un mero trámite, según indica el Defensor de Pueblo, sino que supone la necesidad de ofrecerle al menor la oportunidad de manifestar libremente su opinión, la cual deberá ser respetada y sopesada con seriedad en cualquier procedimiento de tipo judicial o administrativo que le afecte. Para que el derecho a ser oído sea verdaderamente efectivo, el menor ha de contar con asistencia letrada que le asesore sobre lo que le conviene y que sea independiente a los intereses de la Administración, orientada en todo caso al interés superior del menor[45].

(41) E. PÉREZ VERA: «El menor en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado», *REDI*, vol. XLV, 1993-1, pp. 101-114.

(42) E. GÓMEZ CAMPELO: «Algunos apuntes sobre la protección de los inmigrantes menores de edad en la vigente normativa de extranjería», en ob. col. *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea,* Barcelona, 2006, pp. 223-224.

(43) Este precepto establece que: «Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional».

(44) Lógicamente este precepto es más completo que el texto que se recoge en el Convenio y estipula que: «El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial que le afecte directamente. En los procedimientos judiciales la comparecencia se realizará de acuerdo con su situación y desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad. Se garantiza que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o por persona que lo represente. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga a interés del menor, podrá conocerse su opinión a través de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de personas que por su profesión, o relación de confianza puedan transmitir la voluntad del menor de forma objetiva. La denegación de la solicitud del menor de ser oído habrá de ser motivada».

(45) Defensor del Pueblo: *Informe sobre la asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Madrid, 2005, p. 340 y Recomendación 14/2007, de 10 de enero, sobre elaboración de un protocolo de actuación en la notificación de las resoluciones que se dicten, sobre menores extranjeros no acompañados en los procedimientos de repatriación (BOCG. Cortes Generales. IX Legislatura. Serie A, núm. 14, p. 478). Defensor del Pueblo: *Recomendaciones y sugerencias 2007*, Madrid, 2008, pp. 85 y ss.

De lo hasta ahora expuesto podemos extraer tres conclusiones fundamentales:

1.ª El procedimiento ha de adoptar una resolución que se dirija a la consecución del interés superior del menor.

2.ª El menor tiene derecho a ser oído.

3.ª Para ejercitar este derecho de forma adecuada el menor ha de contar con la asistencia letrada.

Sobre estos tres aspectos volveremos posteriormente a medida que vayamos analizando las fases del procedimiento y las recientes resoluciones de nuestros tribunales.

B) Aspectos más relevantes del procedimiento para adoptar una resolución en relación con el menor extranjero

a) Determinación de la edad del posible menor

Si los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localizan a un extranjero sobre el cual tienen dudas acerca de su edad, tienen la obligación de ponerlo a disposición de los servicios de protección de menores e informar al Ministerio Fiscal de este hecho, el cual autorizará para que se le practiquen las pruebas médicas con el objetivo de determinar la edad del extranjero, para lo que han de colaborar las autoridades sanitarias[46]. La técnica más utilizada es la denominada *Greulich-Pile* que se basa en el análisis radiológico de los huesos de la muñeca y la mano izquierda y su comparación con unas tablas previamente elaboradas mediante estudios estadísticos que recogen el desarrollo de estos huesos a diferentes edades.

Respecto de esta técnica, únicamente señalaremos que determina la edad de una persona con un margen de error que los expertos cifran en una franja de dos años arriba y abajo. Es decir, esta prueba no indica la edad exacta de la persona sino que se limita a situarla en una franja de edad de dos años, por ejemplo, entre los 14 y los 16 años[47]. Habida cuenta de este margen de error, la Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado indica que si no existen otros datos

(46) Si no existen dudas acerca de la minoridad del extranjero indocumentado, ya que sus características físicas la muestran, no será necesario acudir, al menos con carácter urgente, a las pruebas de la determinación de la edad, como así lo manifiesta la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006.

(47) La principal crítica a esta técnica de determinación oseométrica de la edad que nos han hecho llegar las personas implicadas en la atención a menores inmigrantes, se centra en el hecho de que los resultados de tales pruebas suelen determinar una edad para el extranjero que por regla general es inferior en aproximadamente dos años a la que posteriormente se comprueba como verdadera. Y ello ocurre por dos circunstancias: En primer lugar, por la inadecuación de las tablas de edad utilizadas como referencia –sacadas de estudios realizados en EE.UU. con jóvenes de dicho país durante la década de los 30– respecto de la población a la que pretende aplicársele –fundamentalmente jóvenes de origen magrebí o subsahariano con antecedentes de desnutrición o mala alimentación y un nivel de desarrollo óseo diferente al de la población norteamericana–. Esto comporta, según indican los expertos, que normalmente se ubique a los inmigrantes en unas franjas de edad inferiores a las que les hubieran correspondido de haberse utilizado tablas de referencia actualizadas y basadas en la población de origen magrebí o subsahariano. En segundo lugar, porque el margen de dos años que ofrecen las pruebas oseométricas es demasiado impreciso y origina problemas de certeza y seguridad jurídica, que deben solventarse optando por una edad concreta dentro de dicha franja. Opción que, por razones de protección del interés superior del presunto menor, suele fijarse por parte de la Fiscalía en la menor de las edades determinadas como posibles. Esto es, si la franja de edad determinada por las pruebas es entre 14 y 16 años, se tomará en consideración a efectos legales, y hasta tanto se acredite lo contrario, que el extranjero tiene 14 años.

y, a efectos de determinar si el extranjero es menor o mayor, se entenderá que su edad es la establecida en el límite menor de esa franja de edad.

En relación con la realización de las pruebas médicas ha habido ciertas críticas, las cuales pasamos seguidamente a poner de relieve.

1.ª Hasta que se produce la realización de la prueba médica los supuestos menores deberían de estar en centros de acogida; sin embargo, en muchas ocasiones se carece de sitio en éstos y, como consecuencia, han de esperar la práctica de dicha prueba en las dependencias policiales o de la Guardia Civil.

2.ª Como consecuencia de esta situación, el presunto menor se ve privado de libertad, sin que durante ese período de tiempo de espera se le haya nombrado tutor o letrado. Por ese motivo, y para que el menor esté informado en todo momento de la suerte que va a correr y cuáles son los trámites de los que va a ser objeto; se reclama la presencia de letrado que le asesore y oriente en todo momento[48].

3.ª El sometimiento a las pruebas radiológicas para fines que no son terapéuticos no debería tener lugar si no es previo consentimiento del presunto menor. A este respecto el Defensor del Pueblo en su informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España indica que ha de tenerse en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 1996, en la que se llegó a la conclusión de que era posible practicar una prueba radiológica, sin contar con el consentimiento del afectado, ya que con ella no se vulneran derechos fundamentales debido a la poca intensidad de las radiaciones y al poco tiempo de exposición[49].

(48) En relación con la determinación de edad, debemos señalar que existe una Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 28 de junio de 2001 en la que se interpreta el artículo 35 de la Ley de Extranjería y se dan orientaciones sobre cómo actuar en relación con los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad suscite dudas. Dicha Instrucción señala los siguientes extremos: «Por otra parte, la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo en tanto no haya sido determinada su edad es una situación de privación de libertad, análoga a la contemplada en el artículo 20.2 de la LO 1/1992, de Protección de la seguridad Ciudadana. Son aplicables por tanto a esta situación las garantías constitucionales del artículo 17 de la constitución, en los términos en su día expresados por las SSTC 41/1993, de 18 de noviembre, y 86/1996, de 21 de mayo. Concretamente, el indocumentado deberá ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación de privación de libertad y de sus derechos. Entre éstos figura básicamente el que dicha situación "no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario (...) El hecho de que esta situación de privación de libertad no pueda durar más tiempo del estrictamente necesario exige un esfuerzo de coordinación entre todos los agentes que intervienen en el procedimiento, de manera que se reduzcan al mínimo posible los "tiempos muertos" a que podría dar lugar un defectuoso sistema de comunicaciones entre ellos, o una limitación de su disponibilidad para atender inmediatamente este tipo de incidencias. En primer lugar, hay que evitar que el presunto menor, una vez localizado por la policía, sea trasladado con cierto automatismo a un centro de internamiento de menores (...) En caso contrario, el traslado indiscriminado a un centro de menores tutelados de quienes afirman ser menores de edad, aunque sólo sea para pernoctar durante una noche, puede ocasionar graves trastornos en el régimen y desarrollo de las actividades del centro, con el consiguiente perjuicio para los restantes internos, sobre todo si se tiene en cuenta que con frecuencia las pruebas médicas pueden determinar a posteriori que los sedicentes menores superan con creces los dieciocho años. También deberán los Sres. Fiscales cerciorarse de que, como dice la Ley, las instituciones sanitarias colaborarán en el procedimiento, realizando con carácter prioritario las pruebas necesarias para determinar la edad del extranjero indocumentado (...) Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a la falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla».

(49) Informe del Defensor del Pueblo, cit., p. 340.

4.ª Según la Ley y el Reglamento de extranjería el que ha de disponer la edad de la persona es el Ministerio Fiscal y no el médico que emite el informe. Esta afirmación la efectuamos sobre la base de lo que, en la mayoría de las ocasiones, sucede cuando se determina la edad del menor; es decir, el Fiscal hace suyo el informe médico en el que se refleja la posible edad de la persona sin que realice un acto expreso en el que efectúe una interpretación jurídica de ese dictamen médico, el cual puede ser completado con otra serie de pruebas, teniendo en cuenta además, que esta prueba radiológica no es exacta. En opinión del Defensor del Pueblo, sería deseable que en la determinación de la edad de la persona existiera un acto expreso del Ministerio Fiscal, en el cual el letrado que asiste al menor tenga una intervención directa aportando aquellos elementos de prueba que estime oportunos y que puedan contribuir a determinar la edad con más precisión. Asimismo, la existencia de este acto permitiría al letrado la interposición de un recurso, ya que, si se admite simplemente como válida la edad que aparece en el informe médico, éste se incorporará al expediente sin que pueda ser objeto de recurso alguno.

A tenor de las consideraciones expuestas, hemos de destacar que, aunque el Ministerio Fiscal acate como verídica la edad señalada en el informe médico, en los últimos tiempos el Ministerio Público está determinando la edad del menor mediante decreto; es decir, mediante un acto formal que puede ser recurrido. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 29 de julio de 2008[50], resuelve acerca del recurso interpuesto por un menor de nacionalidad marroquí contra la resolución del Juzgado de menores, la cual decretaba la mayoría de edad del interesado, en contra del Decreto emanado del Ministerio Fiscal en el que se establecía su minoría de edad. El juzgado de menores se basó para considerar al recurrente como mayor de edad en su pasaporte, el cual, si a tenor de las normas internacionales, da fe de la verdad intrínseca de lo que en él se declara, ello puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario, lo cual sucede en este caso, ya que la Guardia Civil detectó indicios de falsedad en el pasaporte basándose en que la fecha de nacimiento que en él figuraba no concordaba con la juventud del interesado, por lo que éste fue trasladado a las dependencias policiales y, de la prueba médica practicada se determinó que su edad ósea era de catorce años, lo cual fue consignado por el Ministerio Fiscal mediante decreto.

b) El Protocolo, realizado el 14 de noviembre de 2005

Este protocolo contempla la puesta en funcionamiento del Registro de menores extranjeros no acompañados por parte de la Dirección General de la Policía, creado por la Ley Orgánica 4/2000 y desarrollado en el artículo 111 del Reglamento. La finalidad de este Registro radica en la localización e identificación de todos los menores extranjeros que se encuentran o que han estado en España, para evitar que deambulen libremente por el territorio nacional, escapando de los centros de acogida en los que se encuentran y trasladándose de una comunidad autónoma a otra para así evitar su control por parte de las autoridades autonómicas competentes y obviar el acogimiento y su estancia en un lugar determinado como modo de escapar a una posible repatriación. Pues bien, cuando las Fuerzas de Seguridad del Estado localicen en territorio español a un extranjero y observan claramente que se trata de un menor, se dirigirán a este Registro para comprobar si está o no inscrito. Si dudan de su cualidad de menor, se llevará a cabo el procedimiento para determinar la edad indicado en líneas arriba y, si de resulta de las pruebas

(50) Audiencia Provincial de Guipuzcua, Sección 1.ª, Auto núm. 183/08 de 29 de julio de 2008. Vid. *www.reicaz.es.*

practicadas el extranjero es menor, se consultará el Registro con la finalidad de asegurarse de que no está inscrito para, en dicho caso, proceder a su inscripción.

c) Puesta a disposición de las autoridades competentes en materia de protección de menores del menor extranjero

Como ya hemos indicado anteriormente, las autoridades competentes en relación con la protección de menores pertenecen a las diferentes comunidades autónomas, ya que tienen transferidas las competencias en esta materia. Estas autoridades serán las encargadas de asignarle al menor una plaza en un centro de acogida. El siguiente paso consiste en la identificación del menor, tarea que le corresponde a la Administración del Estado[51], si bien, las comunidades autónomas colaborarán con ella en dicha investigación[52]. Ello es así porque el objetivo prioritario consiste en la localización de la familia del menor en el país de origen para proceder a su repatriación y, como consecuencia, a su reagrupación familiar. Únicamente en el caso en que la localización sea infructuosa, el menor permanecerá en España.

Hemos de señalar que mientras se produce la búsqueda de la familia en origen y se lleva a cabo la investigación sobre la identidad del menor extranjero, éste permanecerá en un centro de acogida de alguna de las comunidades autónomas españolas, si bien, la protección a la que está sometido no es una protección jurídica *estrictu sensu*, ya que todavía no se ha decretado el desamparo del menor estipulado en el artículo 172 del Código Civil y, por lo tanto, no se ha establecido su tutela *ex lege*. Nos encontramos, por lo tanto, ante una situación de hecho cuya finalidad consiste en que el menor extranjero esté atendido en sus necesidades básicas.

La identidad del menor se suele determinar poniendo en conocimiento del representante diplomático del país de procedencia la presencia del menor en España. Ahora bien, esta vía lógica de obtención de información sobre el menor y su familia se ve cuestionada en los casos de menores inmigrantes cuyo país de origen por las circunstancias que sean –sociales, económicas, políticas o de otra índole– no facilita a las autoridades españolas la información necesaria para acreditar que, en el caso de proceder a la repatriación del menor, «no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o de sus familiares» tal y como exige el artículo 92 del Reglamento. Esta es la actitud que hasta hace poco ha mantenido Marruecos, país de origen del 95% de los menores inmigrantes detectados en Andalucía y en las Islas Canarias. Para evitar la falta de colaboración de las autoridades marroquíes y poner fin a la situación de negativa sistemática de aceptar la devolución de sus menores no acompañados, de manera que éstos permanecían en nuestro país *sine die* obstaculizando los sistemas de protección de

(51) Con respecto a esta cuestión el apartado 5 del artículo 35 de la Ley de Extranjería estipula que: «Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección...».

(52) Esta clara delimitación competencial debe ser matizada a la luz de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 92 del Reglamento, cuyo párrafo 2.º indica que: «El procedimiento se iniciará de oficio por la Administración General del Estado o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela del menor. El órgano encargado de la tutela del menor ha de facilitar a la autoridad gubernativa cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, y pondrá en su conocimiento las gestiones que haya podido realizar para localizar a la familia del menor».

menores de nuestro Estado, se firmó en Madrid el día 23 de diciembre de 2003 un *Memorándum de entendimiento entre España y Marruecos sobre repatriación de menores marroquíes o españoles no acompañados* entre el Delegado del Gobierno para la Inmigración y la Extranjería y el Director General de Asuntos de Interior del Reino de Marruecos[53].

Otros intentos de colaboración con Marruecos lo constituye el Acuerdo realizado en Rabat el 6 de marzo de 2007 *sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado*[54]. Éste tiene por objeto la prevención de la emigración ilegal de menores de edad no acompañados, para lo cual el Estado español se compromete a actuar en las zonas más deprimidas y de procedencia de estos menores en Marruecos. No obstante, una vez que el menor marroquí se encuentra en España y, siempre actuando en su interés superior, las autoridades españolas en el plazo de un mes, contando desde su entrada ilegal en territorio español, se comprometen a facilitar a las autoridades marroquíes toda la información pertinente acerca de la situación de los menores objeto de las medidas de protección. Por su parte, las autoridades marroquíes deberán averiguar la identidad, procedencia y lugar en el que se encuentra la familia del menor, en el plazo de tres meses, contados a partir de la entrega de la documentación por parte de las autoridades españolas. Las partes llegarán a un acuerdo previo sobre el caso de menores que puedan ser objeto de regreso y asimismo sobre su número.

En relación con este acuerdo algunas organizaciones han mostrado su preocupación, fundamentalmente por la inobservancia de las garantías mínimas en relación con los menores extranjeros no acompañados[55]. No obstante, entendemos que esas garantías quedan recogidas en el artículo 5 del Acuerdo, el cual se refiere a la observancia de los derechos fundamentales del menor y a que la repatriación sea para la efectiva reagrupación familiar o tutela por una institución competente[56]. Lo que sí puede llegar a inquietarnos es la referencia que el artículo

(53) Este acuerdo distingue dos supuestos, partiendo del respeto de la supremacía del interés del menor y tomando en consideración cada caso particular: en primer lugar, si el menor se encuentra en cualquiera de los dos países hace tiempo y es localizado, las autoridades adoptarán en primer lugar todas las medidas para proceder a su identificación. Una vez identificado el menor se procederá a la expedición inmediata de la documentación que acredite su nacionalidad por las autoridades consulares del estado requerido y se facilitará el retorno a su país de origen para su entrega a las autoridades fronterizas. En segundo lugar, si la localización del menor no acompañado se produce en el mismo momento de la entrada en el otro país a través de un puesto fronterizo, las autoridades del país de acogida lo entregarán de **modo inmediato** a las autoridades fronterizas del lugar de origen. Asimismo, se crea un comité *ad hoc* para establecer y evaluar las condiciones de acogida y reinserción de los menores y se establece un mecanismo de seguimiento de los procesos de reinserción y salvaguarda de los derechos de los menores. El acuerdo entró en vigor el mismo día de su firma, de forma que, a tenor de éste, hay que tener en cuenta que no sólo afecta a los menores no acompañados que son localizados intentando entrar en España de forma irregular, a los cuales se devuelve de forma inmediata a su país de origen sin la incoación de procedimiento alguno (como sucede con los menores que son encontrados como polizones en los ferris), sino también a los localizados dentro del territorio español residiendo de forma ilegal e incluso más gravemente a los tutelados por los organismos competentes de las comunidades autónomas.

(54) BOCG, VIII Legislatura, Serie A, núm. 429 de 14 de septiembre de 2007, pp. 1-3.

(55) La crítica se centra fundamentalmente en relación a que el proceso de repatriación de menores extranjeros no acompañados no esté regulado con más detalle, ya que la ley no especifica cómo debe ejecutarse la audiencia del menor o quién tiene que estar presente, no existen criterios formales para valorar el interés superior ni instrucciones sobre quién tiene que recopilar la información antes de repatriar, ni definiciones de los riesgos y peligros que han de ser verificados antes de repatriar al menor, tampoco se precisa el papel que tiene los fiscales, etc. Vid. Informe de Human Rights Watch, cit., p. 10.

(56) Así, según la organización Save the Children en una manifestación realizada el 18 de julio de 2007, el acuerdo no se pronuncia sobre los derechos fundamentales del menor que durante la repatriación han ser respetados, como el derecho a

4.2 párrafo 2.º realiza en torno al acuerdo entre las partes en relación al «*número*» de menores que pueden ser objeto de repatriación. Consideramos que, en ningún caso, las repatriaciones pueden ser colectivas, sino que cada supuesto ha de ser analizado individualmente, siendo objeto de un procedimiento en el que se observen todas las garantías en relación con el menor extranjero no acompañado.

La conclusión fundamental que podemos destacar en torno a este acuerdo es que para España la inmigración ilegal de menores marroquíes no acompañados supone un *problema* (*sic*) y que para afrontarlo, ya que los medios españoles en territorio español se van agotando, el Estado español ha iniciado una intervención en territorio marroquí, la cual pasa por la financiación de centros para menores, la intervención en las zonas más deprimidas marroquíes, la colaboración con las autoridades del país alhauita y la financiación de las acciones de protección y repatriación de los menores no acompañados, entre otras medidas. No obstante, este Acuerdo, al afectar a derechos fundamentales, lo más factible es que no sea de aplicación si no es ratificado por España. La misma medida se ha adoptado en relación con el Estado de Senegal (acuerdo de 5 de diciembre de 2006, firmado en Dakar)[57]. En estos acuerdos se incluyen referencias legales a obligaciones legales internacionales y al interés superior del menor, pero no se especifican las salvaguardas y garantías procedimentales concretas antes, durante y después de la repatriación de un menor. Asimismo se ha ratificado el 15 de diciembre de 2005, un acuerdo con Rumanía y fue publicado en el BOE de 16 de agosto de 2006.

d) Permanencia del menor extranjero no acompañado en territorio español

En el caso en el que no sea posible la repatriación del menor porque no se haya encontrado a su familia en el país de origen o porque los servicios de protección de menores de dicho país no se hagan cargo de su protección, la normativa de extranjería indica que como último recurso la autoridad gubernativa decretará que el extranjero menor no acompañado permanezca en España a cargo de una entidad de protección perteneciente a una comunidad autónoma. Dicha entidad, desde nuestro punto de vista, habrá de iniciar de oficio el expediente para declarar el desamparo del menor (artículo 172.1 y 2 del Código Civil) y así, poder asumir *ex lege* su tutela y adoptar las medidas de protección que se establecen en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección jurídica del menor, además de las otras medidas recogidas en las diferentes leyes de las comunidades autónomas, como, por ejemplo, el acogimiento en centros de protección de menores, el acogimiento familiar, el realizado por instituciones privadas etc. A la instrucción de este expediente deberá personarse el letrado, el cual manifestará lo que considere más relevante

ser oído y el derecho a la asistencia de letrado. En segundo lugar, no se especifica cómo se efectuará la entrega de los niños marroquíes (página web *www.savethechildren.es*); sin embargo, entendemos que estas cuestiones quedan recogidas en el artículo 5 del acuerdo cuando estipula en su número 1 que: «Las autoridades competentes españolas, de oficio o a instancia de la entidad pública que ejerza la tutela sobre el menor, resolverán acerca del retorno a su país de origen, con observancia estricta de la legislación española, las normas y principios del derecho internacional y de lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño» y en el número 2 que: «Las partes Contratantes del presente acuerdo colaborarán, en el marco de la preservación del interés superior de los menores de edad, para garantizar, en cada caso de retorno al país de origen, las condiciones de reunificación familiar efectiva del menor o su entrega a cargo de una institución de tutela».

(57) No obstante, el 5 de diciembre de 2007, la Secretaría de Estado de Inmigración declaró que el Gobierno espera poder empezar a negociar muy pronto con Senegal las devoluciones de menores no acompañados. Siguiendo esta línea de la pronta repatriación de menores extranjeros no acompañados, el acuerdo con Senegal entró en vigor en julio de 2008.

a efectos de la salvaguarda del interés superior del menor. Una vez realizada la declaración de desamparo lo más frecuente es que el menor quede bajo la tutela de los servicios de protección de menores de las comunidades autónomas, estableciendo en ese caso el Reglamento un plazo de nueve meses para que se le otorgue una autorización de residencia, como así lo indica también el artículo 35.4 de la Ley de Extranjería. Se considera legal la residencia de los menores extranjeros no acompañados mientras estén bajo la tutela de la Administración española.

La necesidad de que la Administración declare formalmente la situación de desamparo del menor extranjero no acompañado ha sido puesta en cuestión por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía a la luz del artículo 18.2 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del Régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa[58]. Ante esta posibilidad, el Defensor del Pueblo, en su Recomendación del 15 de febrero de 2008, realizada a este organismo considera que: «... preocupa especialmente a esta institución el retroceso que la no declaración de desamparo supone y que, en la práctica, conlleva una dificultad de acceso de estos menores a los sistemas de tutela, sin que se alcance a vislumbrar efecto positivo alguno para los menores extranjeros no acompañados. Más bien parece tratarse de una medida que puede conllevar perjuicios para el menor, dado que su condición de menor tutelado adquiere una serie de derechos que la propia legislación le otorga»[59].

No obstante, con la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por parte de la Administración, el periplo del menor extranjero no acompañado no ha acabado, ya que mientras permanezca en España no cesarán las investigaciones, tanto de la Administración central, como de la autonómica para localizar a su familia en origen y poder realizar su repatriación a efectos de la reagrupación familiar. De este modo, nada impide en la legislación española que se reunifique y se repatrie a un menor, una vez que se le ha autorizado la residencia temporal, si se dan después los requisitos legales para adoptar tal decisión. Esto es lo que hace precisamente la Resolución de 17 de octubre de 2006 del Delegado del Gobierno en Madrid, la cual deniega el permiso de residencia por motivos excepcionales al solicitante. Los hechos son los siguientes: las autoridades de la Comunidad de Madrid consideran que el extranjero de nacionalidad ganesa es menor y lo declaran en desamparo quedando bajo la tutela de las autoridades de la comunidad autónoma madrileña. Posteriormente estas autoridades consideran que el extranjero no es menor porque en vez de haber nacido en el mes de noviembre de 1987, había nacido en enero de ese año y, por tanto, deciden anular la medida de protección. El recurrente solicita

(58) Dicho precepto señala que: «Cuando la situación de desprotección se deba a la pérdida temporal de contacto de los menores con sus padres o representantes legales, se realizarán las gestiones oportunas para comunicarles la situación en que aquéllos se encuentran. En estos casos no procederá la declaración de desamparo hasta que no se constate la imposibilidad de determinar la filiación de los menores o se verifique que esa situación viene provocada por incumplimiento por los padres o representantes legales de los deberes que la Ley les asigna. En los supuestos de menores extranjeros se recabará la colaboración de la autoridad consular del estado del que sean nacionales».

(59) Recomendación realizada por el Defensor del Pueblo a la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, el 15 de febrero de 2008. Vid. página web *www.defensordelpueblo.es*. Anteriormente se había manifestado en el mismo sentido en relación con un menor español, el Defensor del Pueblo Andaluz, realizando una Recomendación a la Administración autonómica en el sentido de que: «En los supuestos en los que el menor haya sido ingresado en un centro de protección conducido por la policía y pudiera advertirse un grave riesgo para su integridad física o psíquica, se proceda a declarar su situación provisional de desamparo sin necesidad de concluir el expediente de información previa que conduciría a la tramitación formal de un expediente de desamparo o a revocar el desamparo provisional acordado». Informe del año 2005, página web *www.defensor-and.es/informes*.

la residencia por motivos excepcionales y le es denegada con la motivación de que «nunca ha estado bajo la tutela de la Administración española». El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid anuló la decisión del Delegado del Gobierno y, en su Sentencia de 17 de octubre de 2006, declaró el derecho del recurrente a la obtención de la autorización de residencia solicitada como menor tutelado.

De este modo, podemos observar cómo menores extranjeros que se encuentran desde hace tiempo en España, que son tutelados por las autoridades competentes, que están siguiendo ciclos de formación, que se están preparando para desempeñar una profesión en un futuro, en definitiva, que están totalmente integrados en nuestro territorio son repatriados a su Estado de origen en donde las posibilidades de prosperidad son mínimas. Es cierto que el Estado español no puede hacerse cargo de todos los menores que en sus países de origen estén en una situación deprimida, pero no es menos cierto que ya que se ha invertido tiempo, dinero y medios personales y materiales en la formación del menor extranjero, se desaprovechen enviando al menor a un lugar en el que sus ocasiones de promoción son bien escasas, si no nulas. Ésta es la orientación que sigue la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid de 20 de diciembre de 2006, la cual confirma la repatriación del menor a Marruecos decretada por la Delegación del Gobierno de Madrid porque se había localizado a la madre del menor en Marruecos y no se había demostrado que la devolución resultara perjudicial para el menor ni que su madre no estuviera en condiciones de hacerse cargo de su guarda, educación y alimentación. Por otra parte el tribunal no aprecia ningún tipo de arraigo del menor en el territorio español, ya que el tiempo de residencia en España no ha sido largo como para fraguar ningún tipo de arraigo social ni económico, no está acreditada su presencia en territorio español antes del mes de abril de 2005, momento en el que fue puesto a disposición del instituto tutelar por la Policía Nacional para que se hiciera cargo de su guarda, dado que pasó a España en condiciones de polizón y sin documentación alguna, según sus propias manifestaciones, en fecha que se desconoce. Tampoco es apreciable ningún arraigo familiar, aunque tenga un hermano en Almería, ya que estaba tutelado por los servicios de menores de la Comunidad de Madrid y la repatriación no interrumpe ningún ciclo formativo, ya que éste había concluido y quedaba sólo incorporarlo al mercado de trabajo.

Como podemos comprobar, de esta decisión se deduce todo lo que hemos afirmado anteriormente; es decir, una vez tutelado y formado en España el menor, se devuelve a su país de origen donde la madre tiene la obligación de mantenerlo y educarlo, lo cual no ha quedado probado que no pueda hacer, pero es que tampoco ha quedado probado que pueda hacerlo. Así, el futuro para el que ha estado siendo preparado se ve truncado de forma radical y, como colofón el tribunal considera que un año y medio de residencia en España no supone un arraigo del menor en nuestro territorio, cuando las autorizaciones de residencia que contempla la Ley de extranjería tienen menos duración que este período de tiempo.

Si seguimos analizando las dificultades con las que se encuentran los menores a la hora del otorgamiento de un permiso de residencia temporal, hemos de señalar que como requisito previo para su obtención los menores han de contar con un documento de identificación válido que en muchos casos no poseen ya que se han desprendido de él para evitar ser identificados y repatriados. Por lo tanto, si no pueden obtener ningún documento identificativo, a través de su consulado, pueden solicitar de la policía una cédula de inscripción (artículo 34.2 de la ley y 107.12 del Reglamento). Los menores marroquíes no tienen problema en este sentido, ya que pueden obtener de su consulado el pasaporte en el plazo de unos días; sin embargo, la situación

es diferente cuando se trata de menores procedentes de Senegal, cuyo consulado puede tardar hasta 12 meses en expedirlo. De este modo, aunque la normativa de extranjería establece unos plazos para expedir el documento de identidad y el permiso de residencia (3 meses desde la presentación de la solicitud), estos plazos en la práctica no se cumplen. Asimismo, la declaración de desamparo puede demorarse en su expedición y, por lo tanto, el efecto inmediato podría ser el retraso en la concesión de la autorización de residencia para el menor. A mayor abundamiento, las autoridades de los centros de acogida como no tienen la obligación de solicitar la autorización de residencia para el menor hasta que no transcurren nueve meses desde su ingreso en el centro, dejan también transcurrir ese período de tiempo para solicitar la cédula de identificación.

La consecuencia inmediata de esta práctica son los largos plazos de espera que se pueden alcanzar, unos 15 meses o más. De este modo, si un menor es trasladado a los servicios de protección a los 17 años, es muy posible que cumpla los 18 años y todavía no tenga la documentación.

Ante esta situación se ha pronunciado el Defensor del Pueblo en su Recomendación realizada a la Consejería de Bienestar Social y Sanidad de la Ciudad Autónoma de Melilla el 4 de agosto de 2008, indicando que es un deber de la entidad de protección del menor procurar que cuente con la documentación que lo identifique, no siendo suficiente para ello la remisión a la Oficina Consular del país del que presumiblemente proviene el menor de las resoluciones de desamparo y de acogimiento residencial, sino que, según el Protocolo de 14 de noviembre de 2005, esta representación consular identificará al menor y lo documentará o expresará la imposibilidad de documentarle por no reconocer al menor como nacional. Con la realización de estos trámites, la entidad protectora cumple con su deber, lo cual es necesario para que el menor, en su caso, pueda obtener una cédula de inscripción. Habida cuenta que estos trámites no se llevaron a cabo, el menor permaneció tutelado más de dos años en España. Este período de tiempo no solo da derecho a los tutelados a obtener una autorización de residencia, sino que, según la normativa española vigente, le hubiera permitido solicitar la nacionalidad española. De esta forma, al alcanzar la mayoría de edad el menor abandonó el centro en el que residía, sin pasaporte ni documento identificativo alguno y sin que se hubiera iniciado expediente de nacionalidad o que se hubiera recomendado la concesión de una autorización de residencia por motivos excepcionales, con lo cual, el menor, tras abandonar el centro, quedó en España en situación irregular[60].

No obstante, la normativa de extranjería trata de paliar estos retrasos. A tal efecto, el artículo 35.4 de la Ley de Extranjería, señala que el hecho de que el menor no esté documentado, no será óbice para considerar que su residencia en España es legal si se encuentra bajo la tutela de la Administración, es más, cuando la Administración le otorgue la autorización de residencia sus efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiera sido puesto a disposición de los servicios de menores. De esta forma se intenta paliar por la normativa la posible falta de diligencia de los servicios de protección de menores a la hora de tramitar la autorización de residencia.

(60) Recomendación realizada por el Defensor del Pueblo a la Consejera de Bienestar Social y Sanidad de la Ciudad Autónoma de Melilla el 4 de agosto de 2008, la cual reza así: «Que se dicten instrucciones estableciendo de forma clara las actuaciones que deben seguirse para obtener los documentos identificativos de los menores, contactando con las representaciones diplomáticas a este efecto. En ausencia de respuesta a los contactos que se puedan establecer con el objetivo de obtener el pasaporte del menor, deberá obtenerse una cédula de inscripción en todos los casos que sustituya a dicho documento, la cual deberá entregarse al menor para que al abandonar el centro cuente con algún documento que le identifique hasta que pueda el mismo obtener su pasaporte o solicitar, en los casos que proceda, el estatuto de apatridia». Página web, *www.defensordelpueblo.es*

Asimismo, el Reglamento trata de minimizar los perjuicios ocasionados al menor porque en su momento no se le dotó de la correspondiente autorización de residencia[61] estableciendo que cuando el menor tutelado alcance la mayoría de edad sin haber obtenido la correspondiente autorización de residencia y haya participado adecuadamente en las actividades formativas y actividades programadas por el servicio de protección de menores para favorecer su integración social, la entidad que lo tutele podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales[62]. A esta autorización se refiere el artículo 40.j) de la Ley de Extranjería cuando excepciona la toma en consideración de la situación nacional de empleo para conceder a los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente para realizar aquellas actividades que, a juicio de dicha entidad, favorezcan su integración social. En esta misma línea, el artículo 36 de la Ley de Extranjería posibilita que los extranjeros menores de dieciocho años y mayores de dieciséis ejerzan cualquier actividad laboral o lucrativa, laboral o profesional, una vez que hayan obtenido una autorización administrativa para trabajar. De este modo, el menor extranjero mayor de dieciséis años tutelado por una entidad de protección de menores podrá trabajar en España sin la autorización administrativa requerida. De igual modo, cuando cumpla los dieciocho años también podrá trabajar, si ha observado buen comportamiento en el centro de menores, sin que se tenga en cuenta la situación nacional de empleo para la concesión de una autorización administrativa a tal efecto.

A pesar de estas garantías legales, algunas entidades públicas no son todo lo diligentes que cabría esperar en el cumplimiento de sus obligaciones, es el caso de la Entidad de Protección de Menores de Melilla, la cual solicitó el día 23 de enero de 2006 a la Oficina de Extranjería de la Delegación del Gobierno de esa ciudad, la autorización de residencia inicial para el entonces menor extranjero, el cual había estado tutelado por esa entidad durante nueve meses. Debido al retraso de la Delegación del Gobierno en la concesión de dicha autorización, el menor alcanzó su mayoría de edad el 3 de mayo de ese mismo año, por lo que dicha Delegación opta por conceder un permiso de residencia por circunstancias excepcionales, en lugar de la autorización de residencia inicial regulada en el artículo 35.4 de la Ley de Extranjería. Ante esta situación, el Defensor del Pueblo recomienda que: «En el caso de solicitudes de autorización de residencia formuladas por la entidad de protección, a favor de menores extranjeros no acompañados, se expida la autorización de residencia prevista en el artículo 35.4 retrotrayendo los efectos al momento en que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores, agilizando en la medida de lo posible la resolución de dichas solicitudes»[63].

e) Resoluciones de los tribunales españoles sobre el modo en que se ha de llevar a cabo la repatriación del menor extranjero no acompañado

Sobre este particular, el Defensor del Pueblo en su informe citado señaló unas pautas de conducta y una serie de derechos y garantías que se han de observar, tanto en el procedimiento

(61) El Defensor del Menor expresó su preocupación por la falta de diligencia de la Administración de la Comunidad de Madrid en la documentación de los menores tutelados. Informe del año 2001, Madrid, 2002.

(62) No obstante, el Reglamento en su artículo 68.k) excepciona la consecución de la autorización de trabajo a aquellos extranjeros menores de edad laboral tutelados por una entidad de menores competente, para aquellas actividades que, a juicio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social.

(63) Recomendación del Defensor del Pueblo 86/2007, de 11 de julio, para que se documente a los menores extranjeros no acompañados conforme a lo previsto en el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000 con efectos desde el inicio de la tutela administrativa (BOCG, Cortes Generales, IX Legislatura, Serie A, núm. 14, p. 493).

que resuelve acerca de la repatriación del menor extranjero no acompañado, como en el modo de llevar a cabo dicha repatriación[64]. A continuación vamos a proceder al análisis de algunas resoluciones de nuestros tribunales y a señalar las cuestiones más relevantes en relación a las cuales éstos se han pronunciado.

a") Capacidad procesal del menor extranjero no acompañado para comparecer en juicio

Esta cuestión se plantea en relación con la determinación de si una asociación para el seguimiento de menores y jóvenes goza de legitimación activa para recurrir la resolución por la que se dicta la repatriación de un menor extranjero, actuando en representación de ésta un letrado que, posteriormente fue nombrado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid, defensor judicial del menor. A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 28 de febrero de 2007[65], indica que dicha asociación carece de legitimación para la interposición del recurso y que tampoco acredita la representación de un menor de edad sometido a tutela, lo cual debió ser subsanado por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, estableciendo un plazo para ello y no procediendo de oficio a nombrar al letrado representante de la asociación como Defensor judicial del menor, ya que dicho nombramiento únicamente se puede realizar en procedimiento civil, a través del oportuno procedimiento de jurisdicción voluntaria (artículos 299 y 300 de la LEC), de manera que «Solo los padres del menor –representantes legales del mismo– o, en su caso, el Ministerio Fiscal, tendrían capacidad procesal para impugnar la resolución recurrida».

Estas consideraciones se vuelven a recoger, si bien de un modo matizado, en la Sentencia de 27 de abril de 2007 del Juzgado de los Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid. Se trata de un recurso contra una orden de repatriación interpuesto por un menor extranjero, para lo cual nombra letrado que lo represente, a lo cual se oponen tanto el Ministerio Fiscal, como el Abogado del Estado por considerar que el menor es incapaz y carece de capacidad de obrar. Ante todo, el Juzgado, retrotrayéndose a los pronunciamientos realizados en el Auto de 24 de abril de 2006, manifiesta que, como el menor extranjero es incapaz, es posible que se lleve a cabo el incidente de nombramiento de defensor judicial, según estipulan los artículos 162, 163, 299 y 301 del Código Civil y disposición tercera de la Ley Orgánica 1/1996, ya que en la causa existen intereses contrapuestos entre el menor y el que ostenta su representación legal, independientemente del orden jurisdiccional en el que se plantee (artículo 158 del Código Civil); sin embargo, el Juzgado estima que desde que se adoptó tal resolución en el Auto de 24 de abril de 2006 hasta la fecha ha transcurrido tiempo suficiente que ha permitido una mayor reflexión sobre esta cuestión y que la alternativa del nombramiento del Defensor judicial puede ser sustituida por lo previsto en el artículo 18 de la LJCA[66], en relación con lo dispuesto en el artículo 162.1.º del Código Civil[67].

(64) Vid. informe cit. pp. 319-340.

(65) *JUR2008/1500990 Westlaw.*

(66) Este artículo establece que: «Tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela».

(67) Dicho precepto indica que: «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo».

A tenor de estos preceptos «El menor tiene capacidad procesal suficiente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo para la defensa de sus derechos fundamentales que invoca en el presente procedimiento, dado el carácter personalísimo de los mismos, así como la edad y madurez de aquél. En este sentido debemos recordar que cabe diferenciar diversas etapas en la capacidad de obrar del menor, habiéndose acuñado en la doctrina el término "menor maduro". Así, el menor tiene una capacidad de obrar progresiva y, aun siendo menor, puede realizar diversos actos jurídicos con plena validez y eficacia, dependiendo de la edad que ostente...».

De esta forma, se resuelve, a nuestro juicio, de una forma satisfactoria y con arreglo a derecho, el problema de la posible falta de capacidad procesal de los menores extranjeros no acompañados para actuar en los procedimientos contenciosos-administrativos en defensa de sus derechos e intereses legítimos, pudiendo nombrar al efecto, letrado que lo represente y que haga efectivas las pretensiones del menor cuando éstas son contrapuestas a la de su representante legal.

b") Derecho a ser oído

Como ya hemos señalado líneas atrás, este derecho se reconoce a todo menor, tanto en el Convenio de los Derechos del Niño (artículo 12) como en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección jurídica del menor (artículo 9) como en el Reglamento de extranjería (artículo 92.4) y en la Ley andaluza 1/1998 de los Derechos y la atención al menor (artículo 14) y tiene como fundamento que el menor sea escuchado, tanto en el ámbito público como en el privado, en todos aquellos asuntos que le afectan y que su opinión sea tenida en cuenta; es decir, no se trata de un mero trámite, sino de una garantía para el menor, en tanto en cuanto constituye un mecanismo que coadyuva al logro de su interés superior. En tal sentido el Defensor del Pueblo ha declarado en su informe que: «Supone además la necesidad de ofrecerle al menor la oportunidad de manifestar "libremente" su opinión, la cual deberá ser respetada y sopesada con seriedad en cualquier procedimiento de tipo judicial o administrativo que le afecte. La participación de los niños y niñas en tales asuntos no debe ser meramente simbólica, sino que ha de estar dirigida a determinar unas opiniones que sean representativas»[68].

El Tribunal Constitucional ha delimitado este derecho argumentando que: «El derecho del interesado a ser oído en el proceso en el que se ventilan sus intereses integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como venimos reiterando de manera constante, derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor»[69]. La omisión del trámite de audiencia del menor supone una vulneración del artículo 24.1 de la Constitución[70].

Precisamente, como no podía ser de otra forma, es ésta la línea que sigue el Defensor del Pueblo cuando expresa que «... este derecho a ser oído que tiene el menor da lugar a que la audiencia del mismo se realice con las garantías debidas y con asesoramiento del profesional que por excelencia está llamado a asesorar y velar por los derechos e intereses de los ciudadanos (...) la

(68) Informe del Defensor del Pueblo, cit. pp. 320-321.

(69) Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 71/2004 (Sala Segunda) de 19 de abril.

(70) Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 221/2002 (Sala Segunda) de 25 de noviembre.

asistencia jurídica letrada hacia el menor extranjero es requisito ineludible y necesario para llevar a efecto el derecho del menor a ser oído»[71].

Independientemente del pronunciamiento anterior el Defensor del Pueblo va mucho más allá y en su Recomendación 14/2007 de 10 de enero[72] manifiesta que: «... en todos los casos evaluados por esta institución se aprecia que la Administración considera cumplido el trámite de audiencia del menor una vez realizada la entrevista que tiene lugar cuando se inicia el expediente de tutela ante la correspondiente entidad de protección... Es frecuente que las resoluciones de repatriación sean ejecutadas largo tiempo después de la entrevista inicial realizada, que, como se indica, no se repite posteriormente, aun como, cuando es obvio, los presupuestos fácticos hayan cambiado, tanto desde el punto de vista de la situación personal del menor, como de la situación en la que pueda encontrarse su familia...»; es decir, el Defensor del Pueblo considera que el trámite de audiencia no concluye o se agota con una primera entrevista por parte de la Administración con el menor extranjero, sino que, ha de volver a ser escuchado una vez que se inicia el expediente de repatriación.

No obstante estos pronunciamientos, existen resoluciones de nuestros tribunales contradictorias al respecto. Así, la Sentencia del TSJ de lo Contencioso de Madrid de 28 de febrero de 2007, ya citada, indica que, al no tener la repatriación del menor un carácter sancionatorio, como lo tiene la expulsión, sino que lo que se pretende con dicho acto es reagrupar al menor con su familia en su país de origen, el que el menor no haya sido oído no constituye indefensión y, por lo tanto vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, sino que, en todo caso, sería un vicio de legalidad ordinaria[73]. Como podemos comprobar, este *dictum* se aparta de todo el sentido que ostenta el derecho del menor a ser oído, ya que este derecho no sólo es de observancia en un procedimiento sancionador, sino en todo procedimiento que afecte a sus intereses y, en el caso que nos ocupa, la repatriación es un acto administrativo que afecta de forma clara y directa a su interés; por lo tanto, consideramos excesivamente rigurosa y no ajustada a derecho, la interpretación que de esta garantía realiza el TSJ de Madrid.

Afortunadamente esta dirección no es seguida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid, en su resolución de 27 de abril de 2007, en la cual recoge los preceptos del Convenio de los Derechos del Niño y de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección jurídica del menor para argumentar su derecho a ser oído en un acto tan personalísimo como es la devolución a su país de origen, aunque éste no tenga carácter sancionador[74].

c") Necesidad de notificación al menor de la resolución de repatriación

Sobre esta cuestión se ha pronunciado en numerosas ocasiones el Defensor del Pueblo, al respecto, hemos de destacar entre otras su Recomendación 14/2007, de 10 de enero[75] en la que

(71) *Informe sobre Asistencia Jurídica a los extranjeros en España*, Madrid, 2005, pp. 328 y ss.

(72) Recomendación 14/2007, de 10 de enero, sobre elaboración de un protocolo de actuación en la notificación de las resoluciones que se dicten, sobre menores extranjeros no acompañados en los procedimientos de repatriación (BOCG, Cortes Generales. IX Legislatura, Serie A, núm. 14, p. 478).

(73) En el mismo sentido, Sentencia de Tribunal Superior de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de julio de 2007.

(74) En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 26 de abril de 2007.

(75) Recomendación anteriormente cit.

señala que: «Se elabore un protocolo de actuación que contemple de forma clara la obligación de notificar formalmente las resoluciones que se dicten sobre menores extranjeros no acompañados, y muy especialmente las resoluciones de repatriación, conforme a la edad y grado de madurez de cada uno de ellos». Abundando aún más en esta cuestión, el Defensor manifiesta que la notificación ha de reunir los requisitos del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección del Menor, de manera que una comunicación verbal a un menor que se encuentra fugado, no tiene el carácter de notificación[76].

Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de febrero de 2008[77] revoca la sentencia de instancia y anula la orden de repatriación del menor al estimar que su derecho a la tutela judicial efectiva había sido vulnerado al no habérsele dado audiencia ni habérsele notificado la resolución de repatriación.

d") Derecho a la asistencia jurídica independiente a la de su tutor

Según el Defensor del Pueblo, ésta es una garantía ineludible que ha de observarse en todas aquellas decisiones que se adopten y que afecten al menor. De este modo el Defensor indica que esta garantía ha sido recogida también por el Comité de Seguimiento de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el núm. 39.º, período de sesiones del año 2005, señalando a tal efecto que: «cuando un menor sea parte en procedimientos de asilo u otros procedimientos administrativos o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal». Esta garantía ha sido reconocida además por la Dirección General del Gobierno a través de la Delegación del Gobierno en Cantabria con la firma el 13 de julio de 2007 de un convenio de colaboración entre ese organismo y el Ilustre Colegio de Abogados en Cantabria, con la finalidad de regular el marco de colaboración entre ambas entidades en materia de asistencia jurídica a menores extranjeros no acompañados en los procedimientos de repatriación que se instruyan. A juicio del Defensor del Pueblo, esta iniciativa debería ser seguida por las demás comunidades autónomas[78].

Ésta es la dirección que sigue la Sentencia de 4 de diciembre de 2007 del Juzgado núm. 20 de lo Contencioso Administrativo de Madrid, la cual anula la resolución de repatriación del menor extranjero no acompañado al considerar conculcados sus derechos de audiencia y asistencia jurídica independiente.

e") Extemporaneidad del recurso

En algunos supuestos, el Ministerio Fiscal se opone a la admisión del recurso interpuesto por el menor contra el acto que decreta su repatriación porque se ha interpuesto fuera de plazo. No obstante, las resoluciones judiciales examinadas indican que no existe extemporaneidad, ya que la resolución de repatriación no fue notificada al menor, sino, en algunos casos, al servicio tutelar de menores, a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, etc. de

(76) Recomendación 126/2007, de 15 de noviembre, para que se corrija la forma en que se tramita los expedientes de repatriación, notifique debidamente a los menores las resoluciones, garantice su derecho a ser oído en los expedientes y les proporcione asistencia jurídica independiente (BOCG, Cortes Generales, IX Legislatura, Serie A, núm. 14, p. 493).

(77) *JUR2008/174126 Westlaw.* En este mismo sentido ya se había pronunciado la Sentencia del juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 14 de Madrid de 25 de septiembre de 2006.

(78) Recomendación 126/2007 de 15 de noviembre, cit.

manera que el menor no tuvo conocimiento de la adopción de dicha medida. Ante esta falta de notificación, la Sentencia de 27 de abril de 2007 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid indica que: «En consecuencia, no habiendo notificado dicho acto al menor, no podemos hablar de que nos encontremos ante un acto consentido y firme, ni tampoco ante la extemporaneidad del recurso que nos ocupa, debiendo recordar lo dispuesto en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual, las notificaciones irregulares o defectuosas surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que se pongan en conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución o interponga cualquier recurso que proceda, lo cual resulta de aplicación al caso que nos ocupa en el que ni tan siquiera hubo notificación irregular, sino simple y llanamente no se notificó el acuerdo de repatriación a la persona que más directamente afectaba»[79].

Las manifestaciones vertidas en esta sentencia resultan sumamente respetuosas con el derecho de defensa y con la posibilidad de la interposición de recursos contra la resolución que acuerda la repatriación del menor, lo cual no resulta en absoluto baladí, ya que en el caso comentado la repatriación del menor a Marruecos ya se había llevado a cabo, momento en el cual tiene conocimiento de la resolución que se ha adoptado en relación con su persona y con la cual no estaba en absoluto de acuerdo, otorgando apoderamiento notarial a favor del letrado que interpuso la demanda en el Consulado español en Tetuán.

f") La repatriación al país de origen para su reagrupación familiar se ha de llevar a cabo con todas las garantías

Este condicionante lo establece el Reglamento de extranjería en su artículo 92.4, indicando que como consecuencia de la consecución del interés superior del menor la repatriación a su país de origen **solamente**[80] se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen. Sobre este aspecto, el Defensor del Pueblo también ha llamado la atención indicando que, habida cuenta de las circunstancias familiares y sociales existentes en el país de origen del menor, en ocasiones su interés superior no radica en volver a él, sino en permanecer en España. Por este motivo, cuando las autoridades españolas observen que no se dan las condiciones idóneas para la vida en familia del menor extranjero no acompañado en su país de origen han de sopesar si es beneficiosa para él su repatriación. Este racionamiento ha sido contestado por algunos cargos políticos que gozan de competencia en materia de protección de menores, argumentando que si esta actuación se llevara a sus últimas consecuencias, el Estado español se vería abocado a proteger a todos los niños que malviven en África, lo cual es del todo imposible. No obstante lo razonable de este argumento, lo cierto es que hemos de movernos en el ámbito de lo que acontece en la realidad. No porque el sistema español sea excesivamente respetuoso y protector con los menores extranjeros no acompañados va a propiciar la venida masiva de éstos a nuestro territorio, como tampoco sucede así con los extranjeros adultos. Hemos de ceñirnos, por lo tanto, a la situación que existe en la actualidad, a los menores extranjeros no acompañados que están en nuestro territorio y garantizarles

(79) En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2007 (cit.).

(80) La negrita es mía.

que las decisiones que se tomen en relación con ellos van a tener siempre en cuenta su interés superior.

Ésta es la dirección adoptada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Huesca y en su Sentencia de 13 de octubre de 2006, anula una resolución de repatriación dictada a pesar de que en el expediente de repatriación existían informes favorables de los servicios sociales de Aragón a favor de que el menor extranjero no acompañado permaneciera en España por no darse las circunstancias adecuadas para su reagrupación familiar y no haberse realizado ninguna gestión con los servicios sociales del país de origen para que éstos asumieran la tutela.

La misma línea es seguida por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 15 de Madrid, el cual, en su Sentencia de 7 de mayo de 2007[81] anula la resolución de repatriación del menor extranjero no acompañado al no haberse seguido el procedimiento señalado en el artículo 92 del Reglamento de la Ley de Extranjería, vulnerándose los derechos de igualdad, tutela judicial efectiva e integridad; en primer lugar, por la ausencia del informe de los servicios sociales en el que constara que se daban las condiciones necesarias para la reagrupación familiar del menor y, en segundo lugar, porque el menor no fue informado de la incoación del procedimiento ni fue oído durante éste ni le fue notificada la resolución de repatriación.

Asimismo, la Sentencia del TSJ de Cantabria de 31 de julio de 2007[82] desestima el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santander de 27 de diciembre de 2006 que acordó la nulidad del acuerdo de repatriación del menor, argumentando que: 1.º No se ha identificado ni localizado a la familia del menor, 2.º No se ha puesto en contacto con los servicios de protección de menores de Marruecos a los efectos de verificar si se dan los requisitos necesarios para la adecuada tutela del menor, de manera que se infringe el derecho a la protección de la integridad moral del menor, ya que «... resulta obvio que acordar la repatriación de un menor que llegó a España poniendo en peligro su vida (escondido en la parte inferior de un camión) sin cerciorarse de que será acogido familiar u oficialmente, supone un riesgo potencial relevante para la referida integridad moral del menor». Asimismo, el TSJ de Madrid en su Sentencia de 26 de abril de 2007[83] indica que ya que la familia del menor resulta ser una familia pobre, desestructurada y con malos tratos y, teniendo en cuenta que la madre, que vive en Marruecos y que es también parte recurrente, pretende que su hijo siga viviendo en España y no regrese a su país de origen, procede anular el acuerdo de repatriación.

La necesidad de que la repatriación se acuerde y se lleve a cabo sin que exista ningún peligro para el menor ha sido puesta de relieve por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 12 de octubre de 2006, en la que resuelve sobre el caso Mubilanzila Mayeka[84], la cual fue repatriada a su país de origen por las autoridades belgas. A juicio del Tribunal, las autoridades belgas vulneraron el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, al no

(81) *RJCA 2007/415 Westlaw.*

(82) *JUR2008/303853 Westlaw.*

(83) *JUR2007/230287 Westlaw.*

(84) *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium,* Sentencia de 12 de octubre de 2006, recurso núm. 13178/03. *http://vlex.com.*

asegurarse de las condiciones en las que la menor se iba a encontrar al regresar a su país de origen.

Ésta es la dirección que sigue la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 4 de diciembre de 2007 al manifestar que: «La repatriación... ha de estar basada en datos fiables y que permitan asegurar que la reagrupación familiar va a ser efectiva y posible... en definitiva, la constatación efectiva de cuáles son las circunstancias familiares a evaluar por el órgano encargado de resolver sobre la repatriación para posteriormente poder ser sometidas al control jurisdiccional, resulta decisivo, esencial, fundamental, para predicar que en un supuesto concreto se dan las condiciones para una efectiva reagrupación familiar o que no existe riesgo para su integridad o de persecución»[85].

VI. PERSPECTIVAS DE FUTURO

A lo largo de estas páginas hemos podido realizar un recorrido acerca de la evolución que ha experimentado nuestro Ordenamiento Jurídico en relación con las medidas adoptadas con respecto a los menores extranjeros no acompañados. Es cierto que dada la situación tan cercana que España tiene con el continente africano la llegada de estos menores a nuestro territorio se ha ido incrementando a lo largo de estos últimos años, precisamente por la pobreza y la falta de oportunidades que tienen en su país de origen. Resulta obvio que España no puede hacerse cargo de todos los menores que estén en una situación deprimida en nuestro país vecino, pero sí adoptar las medidas protectoras y más convenientes en relación con los menores extranjeros no acompañados que ya se encuentran en España. Hemos de congratularnos por algunos de los pronunciamientos de nuestros tribunales y autoridades en el sentido de la salvaguarda de los derechos fundamentales del menor, pero también hemos de ser conscientes de que algunos de ellos dejan mucho que desear y ven en el menor no un potencial adulto necesitado de protección, sino un intruso que ha de regresar a su país aunque su familia no tenga recursos suficientes para hacerse cargo de él y las oportunidades de prosperidad sean mínimas o prácticamente nulas.

Por otra parte, el que penda siempre sobre el menor extranjero no acompañado, aunque esté sometido a tutela por parte de las autoridades españolas, la espada de Damocles por su posible repatriación, no contribuye en absoluto a la consecución de su interés superior, ni tampoco compensa al Estado Español que ha invertido tanto medios materiales como personales en la formación y educación de ese menor y que con la repatriación a su Estado de origen es muy posible que se desaprovechen, ya que en él no existen oportunidades para ponerlos en práctica.

Como consecuencia de los motivos expuestos, abogamos porque nuestros tribunales y autoridades se mantengan en la línea del respeto de los derechos fundamentales del menor, y que la repatriación por motivos de reagrupación familiar se lleve a cabo cuando verdaderamente se ha comprobado que va a beneficiar al menor y no a los intereses del Estado español, centrados en la posibilidad de desprenderse de un menor extranjero que, en definitiva, le supone una carga.

(85) Sentencia 10291/2007, de 4 de diciembre. Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. *TOL1.269.179 www.tirantonline.com.*

Lamentablemente las perspectivas de futuro en relación con la consecución de este fin no son excesivamente halagüeñas, ya que 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[86], contempla la posibilidad de que los menores extranjeros no acompañados sean retornados a su país de origen o a un tercer estado y sean entregados en él, bien a un familiar o bien, a los servicios de acogida del estado de retorno, el cual puede ser su Estado de origen o un tercer Estado[87]. Precisamente en esa línea se sitúa toda la actuación en relación con los menores extranjeros no acompañados; es decir, que sean los servicios de protección de menores de su estado de origen o de un tercer estado los que se ocupen de potenciar y conseguir el interés superior del menor y no los servicios de protección de menores de los Estados miembros de la Unión Europea[88]. Para la consecución de este objetivo[89] y, de este modo acallar y tranquilizar conciencias, los Estados de la Unión serán los responsables de establecer acuerdos con los paí-

(86) DOCE L 348/98 de 24 de diciembre de 2008. Esta directiva ha entrado en vigor a los 20 días de su publicación en el DOCE (artículo 22).

(87) Un comentario crítico a esta directiva la realiza P. AGUELO NAVARRO: «Directiva de retorno, Directiva de expulsión (Nota crítica avuelapluma desde los derechos humanos)». En esta misma revista, julio de 2008, pp. 121-166.

(88) Desde que la Unión Europea asumiera competencias en el Tratado de Ámsterdam en materia migratoria relativa a los controles fronterizos y a la política de visados (artículo 62) y en relación a las medidas para afrontar la inmigración ilegal y la residencia ilegal, así como la repatriación de los residentes irregulares (artículo 63.3) y continuara con ella en el Consejo de Tampere de 1999, ha adoptado diversas recomendaciones, resoluciones, comunicaciones y directivas en este sentido. Esta competencia sigue siendo efectiva en el reciente Tratado de Lisboa de 12 de diciembre de 2007 (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Como consecuencia de esta política y, dado que España es uno de los países frontera exterior de la Unión Europea, la Comisión Europea ha otorgado financiación a España para afrontar sus planes de repatriación de menores no acompañados. Asimismo, la Comisión ha firmado acuerdos con las Comunidades de Madrid y Cataluña y está financiando la construcción de dos centros de acogida en el norte de Marruecos con dos millones de euros. Además, la Comisión está en la fase final de las negociaciones con el Gobierno Canario para financiar la construcción de centros de acogida para niños repatriados en Senegal y en el sur de Marruecos.

(89) En relación con la iniciativa de la creación de centros de acogida de menores en los países de origen, no podemos predecir si sus resultados serán o no positivos. Según un estudio realizado en el año 2006 por UNICEF la construcción de estos centros no ofrece las suficientes garantías a los menores y ello por varias razones: en primer lugar, la reagrupación del menor no se efectúa como consecuencia de su reagrupación familiar, sino que más bien tiene su causa en que a través de esta iniciativa se solucione «un problema» para España. En segundo lugar, el sistema de protección de menores marroquí dista mucho del español, en tanto en cuanto no tiene carácter administrativo, en donde una entidad pública se hace cargo de los menores que están en desamparo, sino carácter judicial; «es decir, mediante una sentencia el juez establece el abandono de un menor. Los menores con una declaración judicial de abandono residen en una Casa Cuna hasta que cumplen cinco años. Estos centros están gestionados por asociaciones privadas y suelen ubicarse en los hospitales, cerca de las maternidades. Una vez que los menores cumplen cinco años y no son sujetos de Kafala, pasan a residir en orferinatos o "hairías", gestionados por la Entraire National o centros privados gestionados por alguna asociación y previamente conveniados con la Entraire National. No obstante, la competencia sobre protección de la infancia la ostenta el Secretario de Estado de la Familia, la Infancia y las Personas Discapacitadas, que ha promovido el Plan Nacional de Protección de la Infancia». Vid. M. JIMÉNEZ ÁLVAREZ: «Donde quiebra la protección: las reagrupaciones familiares sin garantías», ob. col. *Los derechos de los menores extranjeros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 69 y 70.

Por último, aunque las autoridades marroquíes se muestren en un principio dispuestas a colaborar con las autoridades españolas, en realidad, los Consulados de Marruecos no proporcionan asistencia alguna para procesar las repatriaciones de los menores extranjeros, lo que ha sido puesto de relieve por los funcionarios andaluces. Incluso si los consulados marroquíes emiten garantías o aseguran el acogimiento del menor, España no queda eximida de la obligación de evaluar si el menor que va a ser objeto de repatriación no va a sufrir tratos inhumanos o degradantes, abandono o explotación tras su retorno y ello, aunque Marruecos haya ratificado el Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989, supervisión que realiza

ses de origen de los menores extranjeros no acompañados. Así lo establece el 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, la cual comienza estableciendo en el núm. 1 del artículo 35 que: «El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados»[90].

No obstante, la citada directiva no agota aquí la restricción y limitación de los derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados, sino que va mucho más allá en su conculcación posibilitando que dichos menores, mientras se decide acerca de la procedencia de su retorno o no, puedan ser internados en centros que tengan carácter penitenciario, lo cual resulta desde todo punto inadmisible por mucho que se quiera dotar a esta medida de un carácter excepcional[91].

Como podemos comprobar, las soluciones que se vierten sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados, lejos de tender a su protección, se nos manifiestan como restrictivas, coercitivas y nada eficaces en cuanto a la toma de decisiones que favorezcan la consecución del interés superior del menor. Como en su momento indicó la Profesora E. Pérez Vera, el interés superior del menor lo determinamos los mayores desde nuestra perspectiva de adultos[92], pero es que con la adopción de estas medidas ni siquiera se puede justificar que éstas van orientadas al logro de esta finalidad, por mucho que la norma se empeñe en señalarlo una y otra vez[93]. Estas pautas van encaminadas, se quiera admitir o no, a que los Estados que pertenecen a un mundo desarrollado se desentiendan de un individuo que no ha alcanzado la mayoría de edad y que, en consecuencia, necesita de una protección, amortiguando el incumplimiento manifiesto del Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989, sobre la base de la firma de un acuerdo con el Estado de origen del menor en el que dicho Estado se compromete a adoptar las medidas pertinentes para su protección[94], cuando se conoce a ciencia cierta que en la mayoría de las

en contadas ocasiones. Vid. Informe de Human Rights Watch, *Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores sin garantías*, octubre de 2008, *http://www.hrw.org*.

(90) Este proyecto se puede consultar en *http:///www.reicaz.es*.

(91) Así, el artículo 17.1 indica que: «Los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible». Y en el núm. 4 señala que: «A los menores no acompañados se les facilitará **en la medida de lo posible**, alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad» (la negrita es mía).

(92) E. PÉREZ VERA: «El menor en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado», *REDI*, vol. XLV, 1993-1. pp. 101-114.

(93) Así, los artículos 5, 10 y 17.5 de la directiva, a la vez que adoptan medidas restrictivas en relación con los menores extranjeros no acompañados, propugnan el logro y el respeto de su interés superior. Lo mismo sucede con la normativa española de extranjería y su propuesta de reforma en su artículo 35.

(94) En esta línea, el Gobierno español, con la finalidad de prevenir las migraciones de menores extranjeros no acompañados ha otorgado una ayuda a Marruecos de 10.000.000 de euros para control de las fronteras y evitar la emigración irregular (Real Decreto de 7 de julio de 2006 por el que se regula la concesión de una subvención extraordinaria al Reino de Marruecos para la mejora del control de sus fronteras y la lucha contra la emigración ilegal. BOE núm. 162 de 8 de julio de 2006). Del mismo modo, ha lanzado una campaña en Senegal dirigida a los jóvenes bajo el lema «No arriesgues tu vida para nada tu eres parte del futuro de África», para disuadir a los jóvenes de que caigan en manos de las mafias y lleguen a España de forma ilegal, ya que el intento es inútil, habida cuenta de los peligros de la travesía para después ser devueltos a su país de origen. No obstante las «buenas intenciones del Gobierno español», esta campaña nos parece poco acorde con

ocasiones dichos acuerdos se incumplen por estos Estados y que el amparo que proporcionan a los menores deja mucho que desear.

La directiva de retorno, como vulgarmente se la conoce, no cabe la menor duda de que resulta excesivamente restrictiva con los derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados. No obstante, la legislación española aún está a tiempo de atemperar estas limitaciones asegurando que las medidas que se adopten en relación con ellos verdaderamente van a ser respetuosas con sus derechos fundamentales.

la realidad, ya que lo que trata es de disuadir a los jóvenes senegaleses de que vengan a España intentando hacerles ver que en su país tienen muchas posibilidades de desarrollo y prosperidad, lo cual no es en absoluto cierto como es de todos conocido, al igual que, mientras no exista una verdadera cooperación entre los países desarrollados y los que están en vías de desarrollo, las oportunidades para el progreso serán escasas si no nulas en estos últimos.

Ángeles Solanes Corella

Institut Universitari de Drets Humans
Universitat de València*
(angeles.solanes@uv.es)

II

¿Integrando por ley?: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley Autonómica Valenciana 15/2008

RESUMEN

¿INTEGRANDO POR LEY?: DE LOS CONTRATOS EUROPEOS DE INTEGRACIÓN AL COMPROMISO DE LA LEY AUTONÓMICA VALENCIANA 15/2008

La integración de las personas inmigrantes se ha convertido en una cuestión clave en el ámbito de la Unión Europea. Junto a las directrices comunitarias, los respectivos Estados han optado por arbitrar diferentes instrumentos para gestionar en su ámbito territorial dicha integración. Este artículo ofrece un análisis crítico de los denominados contratos de integración que han sido articulados como una obligación jurídica, ligada al estatuto del extranjero, en distintos países comunitarios. Dicha reflexión se compara con las previsiones de la Ley 15/2008, de integración de las personas inmigrantes en la Comunidad Valenciana, y su puesta en práctica. Con ello, se evidencia, por una parte, que la alternativa europea de los programas de integración jurídicamente vinculantes no es trasladable, en estos momentos, al compromiso de integración al que se refiere la norma autonómica; y, por otra, que los resultados de esa concepción de la integración como un deber jurídico son más que cuestionables, lo cual obliga a repensar la efectividad y eficacia de dichas programas.

ABSTRACT

INTEGRATING BY LAW? FROM THE EUROPEAN INTEGRATION CONTRACTS TO THE COMMITMENT OF THE VALENCIAN AUTONOMOUS LAW 15/2008

Integration of immigrants has become a key issue in the framework of the European Union. Together with the European Union guidelines, member states have also established different instruments in order to manage such integration in their jurisdiction. This paper offers a criti-

(*) Este artículo se enmarca dentro del proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos», CSD 2008-00007..

cal analysis of the so called integration contracts which have been articulated as a legal obligation related to the foreigners statute in different member states. The analysis can be compared to the provisions of the 15/2008 law referred to the immigrants integration in the Valencian Community and its future implementation. Therefore, we show that legally bounding European integration programs can not be moved to the integration commitment as appears the autonomic law. And, on the other hand the results of conceiving the integration as a legal duty are far from unquestionable. This leads us to the necessity of thinking over the effectiveness and the efficacy of those programs.

SUMARIO

I. El recurrente discurso sobre la integración en el ámbito europeo.

II. La integración por vía contractual.

III. El alcance jurídico de la ley autonómica en el contexto nacional español.

IV. Mirando al futuro.

V. Bibliografía citada.

I. EL RECURRENTE DISCURSO SOBRE LA INTEGRACIÓN EN EL ÁMBITO EUROPEO

Europa se ha convertido, en la última década, en una de los regiones de mayor atracción de movilidad humana del mundo. A pesar de que en más de una ocasión la gestión de la presencia de inmigrantes en el territorio de los Estados miembros se ha vivido como un trauma, su necesidad desde los postulados utilitaristas vinculados a la demografía[1] y a la mano de obra han obligado, también desde la dimensión jurídica, a articular el difícil binomio de inmigración e integración, con distintas repercusiones (Cfr. Böcker, Hart y Michalowski, 2004).

(1) Para la Unión Europea, como síntesis, WIHTOL DE WENDEN, C.: «Démographie, Immigration, intégration», *Questions d"Europe*, Fondation Robert Schuman, 13 de octubre de 2008; y «Vers un big bang démographique?», en VIDARD, M.*: Abécédaire scientifique pour les curieux. Les têtes au carré*, Sciences Humanices Editions, Auxerre, 2008. En lo relativo a España vid., por todos, IZQUIERDO, A. (dir.): *Demografía de los extranjeros. Incidencia en el crecimiento de la población*, Fundación BBVA, Madrid, 2006.

II

Con todo, los esfuerzos europeos por tejer una mínima base común en el ámbito de la integración, apenas se encuentran en su fase embrionaria material, aunque en la formal ya existen distintos instrumentos de variable jerarquía normativa que la postulan. En este panorama han sido los Estados, con sus diversas realidades (Beck, 2005), los encargados de poner en marcha planes, programas, cursos e incluso contratos pensados para la integración «de» los inmigrantes en las sociedades de acogida.

Siguiendo esta línea de acción en el ordenamiento jurídico español, por primera vez en 2008 se esboza, a nivel autonómico, el denominado «compromiso de integración». Para valorar el alcance de esta disposición normativa es oportuno recapitular sobre tres niveles de inserción y contraste de dicha norma: por un lado la pretendida política común de la Unión Europea; por otro las prácticas comparadas en otros Estados miembros; y, por último, el propio engranaje legal español en el que se ubica. Todo ello sin perder de vista que el punto de análisis, reflexión y crítica en este trabajo, es el estrictamente jurídico, o lo que es lo mismo, el cuestionamiento de que la integración pueda o deba ser considerada como una obligación jurídica.

En cuanto a la dimensión comunitaria, el Tratado de Ámsterdam (de 2 de octubre de 1997, que entró en vigor en 1999), constituye el verdadero punto de inflexión a partir del cual comienza a hablarse propiamente de política de inmigración europea y con ella de integración. Uno de los objetivos fundamentales de dicho Tratado era la creación en el ámbito de la Unión de un espacio de libertad, seguridad y justicia, estableciendo una clara relación entre la libre circulación de personas y el control de los flujos migratorios, como forma de garantizar dicho espacio. Este Tratado fijó un plazo de 5 años (hasta el 1 de mayo de 2004) para conseguir la plena comunitarización de dicha política. Tras la expiración del término muchos de los objetivos quedaban pendientes, aunque se habían conseguido ya algunos logros (Olesti, 2000).

El Consejo Europeo de Tampere, celebrado en Finlandia en el mismo año en que entró en vigor el mencionado Tratado, insistía a propósito de la política de inmigración, en dotarla de un enfoque global, garantizando un trato justo a los nacionales de terceros Estados. En concreto, en las conclusiones número dieciocho y veintiuno, se afirmaba que una política de integración decidida debería encaminarse a conceder, a dichos nacionales, derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, o lo que es lo mismo debería impulsar un acercamiento entre el estatuto jurídico de los nacionales de terceros estados y el de los nacionales de los Estados miembros.

Con este punto de partida la conocida COM (2000) 757, de 22 de noviembre de 2000[2], plasmó la definición de integración considerándola «un proceso bidireccional basado en derechos mutuos y obligaciones correspondientes a los ciudadanos de terceros países en situación legal y de la sociedad de acogida, que permite la plena participación de los inmigrantes».

A pesar de esta base para inspirar las políticas de integración de los respectivos Estados miembros, lo cierto es que el progreso en este ámbito ha sido todavía superfluo, de tal forma que los sucesivos instrumentos de la Unión, básicamente desde la vía de la Comunicación, han insisti-

(2) COM 757 final, de 22 de noviembre, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de inmigración. Reiterada, por ejemplo, en COM (2001) 387 final, de 11 de julio, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración y COM (2003) 336 final, de 3 de junio, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de la Regiones, sobre inmigración, integración y empleo.

do en el carácter neurálgico de la integración en el conjunto de la política europea de inmigración (*Cfr.* García Añón, 2004)[3].

El programa de La Haya, adoptado en el Consejo Europeo del 4 y 5 de noviembre de 2004, recogía las diez prioridades de la Unión para reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia durante los siguientes cinco años insistiendo de forma directa o indirecta en la integración[4]. Así en dicho decálogo se incluía la necesidad de:

1. Definir un enfoque equilibrado de la inmigración: éste se concretaba en la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, especialmente de mujeres y niños, y la definición de un plan sobre inmigración legal y el desarrollo de un marco europeo sobre integración de los inmigrantes. En la gestión eficaz de los flujos migratorios se ponía de relieve la necesidad de más cooperación con Estados terceros, incluido el ámbito de la readmisión y el retorno de emigrantes.

2. Maximizar las repercusiones positivas de la inmigración: en este ámbito se señalaba que la integración es crucial para evitar el aislamiento y la exclusión social de las comunidades de inmigrantes. Por ello, la Comisión animaba a los Estados miembros a que progresasen en sus políticas de integración contribuyendo a la comprensión y al diálogo entre religiones y culturas.

En el desarrollo de este programa siguen quedando muchas cuestiones pendientes para la consecución de ese objetivo prioritario que es la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia, entre ellas el reforzamiento de la integración[5].

(3) Por citar solo algunos ejemplos, en los dos últimos años, en los que se insiste en la integración como punto focal en la gestión de los flujos migratorios, podemos mencionar las siguientes disposiciones: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, Reforzar el planteamiento global de la inmigración: aumentar la coordinación, la coherencia y las sinergias, COM (2008) 611 final de 8 de octubre de 2008; 2008/457/CE: decisión de la Comisión, de 5 de marzo de 2008, por la que se establecen las normas de aplicación de la Decisión 2007/435/ CE del Consejo por la que se establece el Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países para el período 2007-2013 como parte del Programa general Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios, por lo que se refiere a los sistemas de los Estados miembros de gestión y control, las normas de gestión administrativa y financiera y la elegibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el Fondo, DO L 167 de 27 de junio de 2008; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una política común de emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos, COM (2008) 359 de 17 de junio de 2008; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, Una política común de inmigración, COM (2007) 780 final, de 5 de diciembre de 2007; Comunicación de la Comisión al Consejo, Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, Tercer informe anual sobre inmigración e integración, COM (2007) 512 final, de 11 de septiembre de 2007. Se trata, sin embargo, de medidas que han retrocedido en determinado momento, dentro del marco genérico de la política de inmigración, para ser retomadas posteriormente. Vid. DE LUCAS, J.: «Cal y arena de la Unión Europea ante la inmigración», *Página abierta*, núm. 195, septiembre 2008 a.

(4) Comunicación de la Comisión, Programa de la Haya: diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia, COM (2005) 184 final de 10 de mayo de 2005. Cfr. El programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (2005/C 53/01), Diario Oficial C 53 de 3 de marzo de 2006.

(5) Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir [COM (2006) 331 final, Diario Oficial C 184 de 8 de agosto de 2006]. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Evaluación de las políticas de la Unión Europea en materia de libertad, seguridad y justicia [COM (2006) 332 final, Diario Oficial C 184 de 8 de agosto de 2006]. Reforzar la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea: Informe sobre la ejecución del Programa de La Haya en el año 2005 («cuadro de indicadores») [COM (2006) 333 final, Diario

También en noviembre de 2004, el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior, aprobó los denominados Principios Comunes Básicos sobre Integración[6] que fueron recogidos en la COM (2005) 389 final sobre el Programa Común para la Integración[7]. Entre los once principios mencionados a los efectos que interesan en este estudio, en concreto en el punto cuarto, se afirma, desde la bidireccionalidad anteriormente postulada, que «un conocimiento básico del idioma, la historia y las instituciones de la sociedad de acogida es indispensable para la integración; permitir a los inmigrantes adquirir ese conocimiento básico es esencial para que la integración tenga éxito». Para ello son necesarias medidas tanto en el ámbito nacional como en el europeo.

Desde la dimensión estatal se plantea, entre otras propuestas: reforzar el aspecto de integración de los procedimientos de admisión mediante, por ejemplo, medidas preparatorias en el país de origen que incluyan la distribución de paquetes informativos y la organización de cursos de lenguas y educación cívica en dicho país de origen; organizar programas y actividades de acogida para los nacionales de terceros países recién llegados, al objeto de que adquieran unos conocimientos básicos sobre la lengua, la historia, las instituciones, las características socioeconómicas, la vida cultural y los valores fundamentales del país de acogida; proponer cursos de distintos niveles teniendo en cuenta la formación de los interesados y sus conocimientos previos sobre el país. Reforzar la capacidad de los programas y actividades de acogida para las personas a cargo de los inmigrantes sujetos a un procedimiento de admisión mujeres, niños, ancianos, analfabetos y minusválidos; incrementar la flexibilidad de los programas de acogida; orientar las actividades de acogida hacia los jóvenes nacionales de terceros países con problemas sociales y culturales específicos vinculados a problemas de identidad, a través, en particular, de programas basados en los conceptos de tutoría o transmisión de modelos; y agrupar los recursos para permitir a los municipios vecinos ofrecer distintos tipos de cursos.

La Unión, por su parte, debe comprometerse a fomentar las acciones transnacionales mediante, por ejemplo, la adaptación de las buenas prácticas a los distintos contextos, intercambios de personal, el desarrollo conjunto de programas y la difusión común de los resultados; y financiar programas o modelos de integración innovadores que incluyan una formación lingüística y talleres de comunicación, así como información sobre los aspectos culturales, políticos y sociales del país de acogida.

Conviene retener estas acciones que se presentan para concretar la política de integración de los Estados miembros, teniendo en cuenta además que la Comunicación insiste en que éstas deben desarrollarse en el contexto de las propias situaciones y tradiciones nacionales. En mi opinión, propuestas de este tipo son el resorte del actual auge de los denominados contratos de integración para los inmigrantes de los que nos ocuparemos más adelante.

Oficial C 184 de 8 de agosto de 2006]. Plan de Acción del Consejo y de la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre el refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea [Diario Oficial C 198 de 12 de agosto de 2005], que servirá de marco para el período 2004-2009.

(6) Consejo de la Unión Europea, sesión núm. 2618 del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, Bruselas, 19 de noviembre de 2004, 14615/04.

(7) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Programa Común para la Integración Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea, 1 de septiembre de 2005. El Programa de La Haya invitaba a la Comisión a presentar una estrategia política sobre las migraciones legales antes de finales de 2005. Como primer paso, la Comisión publicó un Libro Verde [COM (2004) 801] relativo al planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica en el que se señalaba la importancia de que las medidas de admisión vayan acompañadas por unas sólidas políticas de integración.

II

Siguiendo con el desarrollo temporal de la política común de inmigración en la que la integración es un punto nuclear, el frustrado Tratado por el que se establecía una Constitución para la Unión Europea o Tratado Constitucional de la Unión Europea, insistía en el trato equitativo a los nacionales de terceros países residente legales. Su rechazo en sendos refrendos celebrados en Francia (29 de mayo de 2005) y Países Bajos (1 de junio de 2005), cuando dieciocho de los veintisiete Estados miembros ya lo habían ratificado, desbarató la ilusión constitucional.

Durante el iter postconstitucional, el Comité de Regiones en el 68.º pleno de 13 y 14 de febrero de 2007 aprobó un Dictamen en el que se hacían una serie de recomendaciones para reorientar la política en materia de inmigración[8]. En este informe, en lo relativo a la integración, se enfatizaba el papel de los entes locales y regionales, tanto por su experiencia en las relaciones con los países de origen como por las medidas que desarrollan para la integración de los inmigrantes, especialmente en materia de sanidad, vivienda, educación y empleo.

El Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007 permitió superar la resaca postconstitucional y aprobar una «hoja de ruta» en la que se contemplaba la convocatoria de una nueva conferencia intergubernamental llamada a elaborar un nuevo tratado de reforma para modificar el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Tras un cúmulo de documentos preparatorios llegamos a la versión final del denominado Tratado de Lisboa publicado el 17 de diciembre de 2007 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Este Tratado constituye un texto de referencia y de extrema complicación, que para algunos puede valorarse positivamente[9]. Inicialmente se pretendía que entrara en vigor a principios de 2009, aunque no ha sido posible quedando, de momento, aplazado[10].

Uno de los puntos cruciales de este Tratado es la política exterior y de seguridad común, conectada a la cuestión migratoria, en la que los Estados están llamados a actuar bajo el método de la cooperación (Martín y Pérez de Nanclares, 2008, p. 18). Dentro de la política general de inmigración, por lo que respecta propiamente a la integración, se contempla la posibilidad de arbitrar una base legal que permita el desarrollo de medidas legislativas comunes para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros en la integración de los nacionales de terceros países (Cfr. Añón y Miravet, 2008, pp. 103-104)[11].

(8) Comité de Regiones en el 68.º pleno de 13 y 14 de febrero de 2007. Dictamen del Comité de las Regiones «Plan de política en materia de inmigración legal, lucha contra la inmigración ilegal, futuro de la Red Europea de Migración», Diario Oficial C 146 de 30 de junio de 2007.

(9) Cfr. *Informe sobre el Tratado de Lisboa* [2007/2286(INI)]. Comisión de Asuntos Constitucionales. Ponentes: Richard Corbet e Íñigo Menéndez de Vigo. A6-0013/2008, 29 de enero de 2008.

(10) A principios de enero del 2009, el proceso de ratificación se encuentra bloqueado, contemplándose una segunda consulta popular en Irlanda tras la primera negativa (conviene recordar que Irlanda también ratificó el Tratado de Niza en una segunda vuelta en el 2002). Así el tratado no entraría en vigor hasta enero del 2010, un año más tarde de lo inicialmente previsto. Para que esto ocurra el Consejo Europeo ha hecho una serie de concesiones a Irlanda, entre ellas, una de las más importantes la de mantener comisarios en lugar de reducirlos. Otro tipo de concesiones hacen referencia a la neutralidad de Irlanda en asuntos internacionales, la libertad en política fiscal y en temas de familia. Vid. Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Bruselas, 11 y 12 de diciembre de 2008, 17271/08, en concreto el Anexo 1 relativo a la «Declaración de las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa, expuestas por el Primer Ministro irlandés» y a las medidas transitorias que se proponen.

(11) En concreto, el Tratado de Lisboa, en su nuevo Título V del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión, en el artículo 63 bis 4, nuevo 79.4, señala que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración

II

Recientemente se vuelve a insistir en los mencionados Principios Comunes Básicos sobre Integración, enunciados en 2004, en el Dictamen del Comité Económico y Social para promocionar las políticas de integración de nacionales de terceros países[12].

En dicho dictamen se recalca la necesidad de mejorar la cohesión de las políticas de la Unión Europea en lo relativo a la integración, para lo cual el Comité considera conveniente que se reabra el debate relativo al método abierto de coordinación sobre la integración que no fue aceptado por el Consejo hace unos años. Asimismo, propone la creación del denominado Foro Europeo de la Integración[13], entre cuyas funciones se incluye la de impulsar un enfoque holístico en el ámbito de la integración[14], elaborar informes, formular recomendaciones, propiciar el intercambio de conocimientos técnicos y buenas prácticas, y colaborar en las Conferencias del *Handbook on Integration* y en las reuniones de los puntos de Contacto Nacionales para la Integración. Para este Foro, los Principios Básicos Comunes enunciados en 2004 se convierten en su hoja de ruta, en su agenda, siendo también el encargado de evaluar los objetivos y programas del Fondo Europeo de la Integración.

En la línea de los Principios de 2004 se sitúa también el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo de octubre de 2008[15], que constituye uno de los últimos instrumentos de referencia en la materia. Dicho Pacto pretende (re)impulsar la política común de inmigración y asilo insistiendo en la interdependencia de los Estados, de forma que el comportamiento (en lo que atañe a la gestión de flujos migratorios y a la articulación de medidas de integración) afecta al conjunto, siendo por ello imprescindible tomar en consideración los intereses de los socios a la hora de definir y aplicar políticas de inmigración, integración y asilo.

Entre los objetivos que el Consejo asume con este Pacto, cuya traducción en acciones concretas se realizará dentro del programa que sucederá en 2010 al de La Haya, se incluye entre otras: organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinadas por cada Estado miembro, y favorecer la integración; combatir la inmigración irregular, garantizando, entre otras cosas, el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular; fortalecer la eficacia de los controles en las fronteras; y construir una Europa de asilo.

Dentro del primer objetivo, se alude a las medidas destinadas a fomentar la integración de los inmigrantes, sin que se haga una mención expresa a la idea de bidireccionalidad articulada en 2000 que en cualquier caso sí está presente en los principios de 2004. En ese primer

de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

(12) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Elementos para la estructura, organización y funcionamiento de una plataforma para la mayor participación de la sociedad civil en la promoción a nivel comunitario de políticas de integración de nacionales de terceros países». Diario Oficial C 27/95 de 3 de febrero de 2009.

(13) Este Foro sería la concreción de la Plataforma Europea a la que se refiere la ya mencionada COM (2005) 389 final sobre el Programa Común para la Integración.

(14) De especial relevancia me parece ese enfoque holístico para la integración de tal forma que estén implicados, de forma activa, todos los actores, en concreto los interlocutores sociales y la sociedad civil organizada. Cfr. SOLANES, A.: «Las políticas *holísticas* de integración de los inmigrantes: su dimensión jurídica», Ponencia presentada en el *IV Congreso sobre la Inmigración en España: Ciudadanía e Inmigración,* Girona, 12 de noviembre de 2004.

(15) Conclusiones de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea de Bruselas, 15 y 16 de octubre de 2008, 13440/08. Cfr. DE LUCAS, J.: «Cal y arena de la Unión Europea ante la inmigración», *Página abierta*, núm. 195, septiembre 2008.

punto, en el apartado g), se invita a los Estados miembros a que establezcan, de acuerdo con los mencionados principios comunes aprobados en 2004, según los procedimientos y con los medios que consideren adaptados, políticas ambiciosas para promover la integración armoniosa de los emigrantes que tengan intención de instalarse en él de forma duradera. En las medidas en las que se concreta esta política pueden encajarse buena parte de cursos de integración de determinados Estados de la Unión. La integración así concebida se ha de concretar al menos:

1. En el equilibrio entre los derechos de los inmigrantes, en particular el acceso a la educación, al empleo, a la seguridad y los servicios públicos y sociales, y sus deberes, respetando las leyes del país de acogida.
2. Implicarán medidas específicas para favorecer el aprendizaje de la lengua y el acceso al empleo, factores esenciales de integración.
3. Incidirán en el respeto de las identidades nacionales de los Estados miembros y la Unión Europea y de sus valores fundamentales, como los derechos humanos, la libertad de opinión, la democracia, la tolerancia, la igualdad entre hombres y mujeres y la obligación de escolarizar a los menores.
4. Se tomará en consideración, mediante la puesta en marcha de las iniciativas adecuadas, la necesidad de luchar contra las discriminaciones de que pueden ser víctimas los emigrantes.

La idea clave de conocimiento de la lengua, la cultura y los valores (también jurídicos) de los Estados europeos receptores, es el mínimo común denominador que han adoptado tanto los contratos de integración que ya están funcionando en el seno de algunos países de la Unión que consideran la integración como una obligación jurídica, cuanto los compromisos de carácter voluntario que en otros Estados (entre ellos el español a nivel autonómico) pretenden favorecer dicha integración.

II. LA INTEGRACIÓN POR VÍA CONTRACTUAL

Sobre la base de una política de integración que debe tender a la coordinación pero no a la armonización, distintos Estados de la Unión llevan algunos años, con una especial aceleración en los últimos cinco, aplicando los denominados contratos o cursos de integración que inciden en la idea contractual de derechos y deberes, pero hacen descansar básicamente sobre el inmigrante el peso de la integración. Con diferentes puntos de coincidencia pero también con importantes divergencias se han puesto en marcha contratos o cursos de integración, o exámenes de civismo y ciudadanía (vinculantes o no), en Suecia, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos, Austria, Bélgica, Francia, Reino Unido, Estonia (en este caso no para los nuevos inmigrantes sino básicamente dirigidos a la minoría rusa), Alemania y Suiza. En otros países como Hungría o España el debate, de forma más o menos explícita, sigue abierto (Guirandon, 2008. Cfr. Aja y Díez, 2005).

Desde los años noventa, con diferencias en los distintos países miembros, no sólo se ha comenzado a hablar de un déficit de integración coincidiendo con una crisis asumida, sino que también se ha impuesto la idea del declive de la capacidad inclusiva del Estado del Bienestar (Bommes, 2003). Algunos países claramente han impulsado, en los últimos años, desde sus respectivas

normativas nacionales programas de integración de carácter jurídicamente vinculante, retrocediendo en buena medida en lo que a reconocimiento de la diversidad se refiere (Cfr. MARTINIELLO, 2007). Así por ejemplo Austria, Alemania, Dinamarca, Holanda, Reino Unido y Francia[16].

Austria es uno de los países que ha optado por articular por la vía jurídica un contrato de integración para todos aquellos nacionales de terceros países que, encontrándose dentro del ámbito de aplicación de la norma destinada básicamente a los inmigrantes, deseen obtener una autorización de residencia. Según la Ley de residencia y establecimiento de 2006[17], que regula tanto la residencia de larga duración cuanto la inmigración por motivos de empleo, el contrato se articula sobre un doble contenido: cívico y lingüístico. Con él el inmigrante se compromete a asistir trescientas horas a cursos de lengua, alcanzando un nivel A2 de alemán, y a tener conocimiento de la vida en Austria en lo relativo a aspectos económicos, sociales y culturales.

Como recuerda CARRERA (2006 a, p. 62) el caso de Austria es especialmente interesante en lo relativo a las sanciones previstas para el supuesto de que no se complete el programa de integración. Si éste no se termina durante el primer año, el permiso de residencia sólo podrá renovarse por otro año más. A partir de los 18 meses sin terminar el programa, las ayudas públicas pueden reducirse hasta el 25% de su coste total. En cambio, si se aprueba el curso antes de finalizar el plazo de los 18 meses, el Estado le devuelve al inmigrante el 50% de los costes. Tras los dos primeros años, si continúa sin concluirse, se retirará la financiación estatal pudiendo, incluso, imponer multas de entre 100 y 200 euros. Por último, si en el plazo de cuatro años no se han superado los cursos, el extranjero puede ser expulsado por haber quedado constancia de su deseo de no integrarse en la sociedad austriaca.

Alemania, por su parte, ha puesto en marcha un programa de integración semejante al austriaco, perfilado en la Ley de Residencia de 2004 y en la Ley de Extranjería de 2005, configurado

(16) He optado por referirme de forma más detallada a algunos de aquellos países en los que los programas de integración en el ámbito estatal tiene carácter vinculante, en el sentido de que están claramente asociados al estatuto jurídico del extranjero con repercusiones negativas en caso de que no se superen los cursos previstos. No me ocupo por tanto, de países como por ejemplo Bélgica donde no existe una política estatal relativa a la integración de los inmigrantes, sino que depende de cada una de las regiones. Así en la región de Flandes se realizan programas de formación profesional y de educación que incluyen un curso de holandés y de orientación social y profesional para propiciar el acceso al sistema educativo o al mercado de trabajo, en la misma línea que el modelo holandés. En cambio, en la región de Valonia se llevan a cabo programas de integración para inmigrantes de carácter voluntario, vid., CARRERA, S.: «Programas de integración para inmigrantes: una perspectiva comparada en la Unión Europea», *Migraciones*, núm. 20, diciembre 2006, pp. 37-73, en concreto pp. 45 y 55.

(17) El año 2006 es especialmente significativo en lo relativo las políticas de integración en Austria y su concreción a nivel normativo, según el *Migrant Integration Policy Index* (en adelante MIPEX) 2006 el calendario de las políticas austriacas de integración de los inmigrantes podría resumirse en los siguientes acontecimientos: «1 de enero de 2006.–Entrada en vigor de la Ley Austriaca sobre Asentamiento y Residencia; 13 de enero de 2006.–Modificación de la Ley Federal para Trabajadores y Empleados y la Ley sobre el Marco Institucional; 23 de marzo de 2006.–Entrada en vigor de las modificaciones de la legislación sobre nacionalidad; 7 de abril de 2006.–Conferencia de Imanes Europeos (en la que participaron 100 imanes austriacos y 130 de otros países europeos) convocada para promover la participación, los procesos de identificación y la antidiscriminación mediante la integración; junio de 2006.–Se pone en marcha la prueba para obtener la ciudadanía, un examen de conocimiento sobre cultura, historia y política austriaca, a pesar de que una encuesta demostró que 1/3 de los austríacos no sería capaz de aprobarla; 15 de diciembre de 2006.–El Parlamento revoca la medida que deniega las prestaciones sociales a hijos de inmigrantes o refugiados nacidos en Austria», NIESSEN, J.; HUDDLESTON, TH.; CITRON, L; GEDDES, A. y JACOBS, D.: *Índice de Políticas de Integración de Inmigrantes*, Bristish Council, Strategic thinking on equality and mobility, Comunidad Europea Programa INTI, CIDOB, 2007, en concreto p. 21. Cfr. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: *Local integration policies for migrants in Europe,* Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2007, pp. 3-5.

como una obligación jurídica sobre la base de la formación lingüística y cívica para el conocimiento de la historia, la cultura y el ordenamiento jurídico alemán[18]. Los programas de integración para nuevos inmigrantes no son totalmente nuevos en Alemania (cfr. SCHMIDT, 2004, pp. 225-258) pero, es ahora cuando un programa de estas características se abre a diferentes categorías de nuevos inmigrantes[19].

Este programa de integración incide, principalmente, en el dominio del idioma, de hecho éste aparece vinculado directamente a la posibilidad de integración. Tras la evaluación que llevan a cabo las autoridades locales, acerca del conocimiento lingüístico del inmigrante, se decide si éste puede participar o no en el programa de integración. En él se contemplan trescientas horas de curso para llegar al nivel lingüístico básico, y otras trescientas para conseguir un nivel más avanzado, que van unidas al curso cívico de treinta horas.

La posibilidad de mantener el permiso de residencia, y asimismo de acceder a la residencia permanente, también se vincula al programa de integración. Incluso en el caso de inmigrantes que aun llevando tiempo en Alemania, por su precario conocimiento del idioma, se vean obligados a participar en dicho programa, podrán sufrir una disminución del 10% de beneficios sociales si no asisten de forma regular a los cursos de integración.

El contrato de integración se articula igualmente como obligación jurídica en Dinamarca. En dicho contrato se lleva a cabo entre el inmigrante y las autoridades locales del municipio en el que resida, trascurrido un mes desde que éste realizó su inscripción en el registro municipal. El programa se prolonga durante tres años consecutivos, articulándose de distinta manera en función del nivel de estudios y capacitación de la persona concreta, puesto que un objetivo central es la incorporación al mercado de trabajo del inmigrante. Si determinadas personas que deben realizar los cursos para seguir el programa de integración no cuentan con suficientes recursos económicos o son personas dependientes, se les puede conceder una subvención que será retirada en caso de que no se cumpla con el contrato de integración.

(18) Los últimos años han servido para afianzar los programas de integración, así en el desarrollo temporal, dentro del calendario de las políticas de integración recogido por el MIPEX puede señalarse los siguientes acontecimientos relevantes en el caso alemán: «05/2006 En la Conferencia de Ministros del Interior se acuerda otorgar competencias a los Länder alemanes para determinar el contenido de sus propias pruebas de naturalización; 07 de julio de 2006.–Transposición de las Directivas CE sobre antidiscriminación en la Ley de Igualdad; 14 de julio de 2006.–La primera Cumbre para la Integración prepara un plan nacional de integración basado en cursos de integración, cursos de idioma, integración en el mercado laboral, pluralidad cultural, medios de comunicación y género; 17 de julio de 2006.–El período de espera para la reagrupación familiar se amplía y se prohíbe reagrupar al cónyuge en el caso de ciudadanos alemanes que estén recibiendo un subsidio público; 27 de septiembre de 2006.–Conferencia Islámica de Alemania; 10 de enero de 2007.–El Tribunal Constitucional Federal confirma la prohibición de la doble nacionalidad», Alemania cuando asumió la Presidencia de la Unión Europea, durante la primera mitad de 2007, dio prioridad al intercambio de buenas prácticas en materia de integración y diálogo intercultural, aunque en el ámbito nacional existe una importante preocupación por atraer a los trabajadores altamente cualificados. NIESSEN, J.; HUDDLESTON, TH.; CITRON, L; GEDDES, A. y JACOBS, D.: *Índice de Políticas de Integración de Inmigrantes*, op. cit, p. 75. Cfr. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: *Local integration policies for migrants in Europe,* op. cit., pp. 15-17.

(19) Como recuerda Michalowski, estos programas de integración anteriormente, sólo estaban abiertos a alemanes étnicos *(Spätaussiedler).* La novedad consiste en dirigirlos a todas las categorías de nuevos inmigrantes, especialmente a los familiares reagrupados, que se han convertido en destinatarios de la nueva medida. MICHALOWSKI, I.: «Modelos de acogida en Alemania, Francia y los Países Bajos: diseño y efectividad de los programas de acogida e integración», en BILES, J.; MICHALOWSKI, I. y WINNEMORE, L.: *Políticas y modelos de acogida. Una mirada transatlántica: Canadá, Alemania, Francia y los Países Bajos*, Serie Migraciones, núm. 12, Fundació CIDOB, Barcelona, 2007, pp. 67-92, en concreto p. 74.

II

Uno de los ejemplos de mayor evolución hacía políticas reduccionistas y claramante vinculantes por la vía jurídica en el nexo entre inmigración e integración, lo constituye Holanda[20]. En efecto, las políticas de los Países Bajos habían destacado hasta finales de los años ochenta por la promoción de la democracia desde el ámbito local, centrándose en el tratamiento igualitario, y el impulso a la integración política y legal de los inmigrantes. A finales de esta década, surgieron ya las primeras voces críticas.

Desde el Ministerio de Política Urbana y de Integración de las Minorías Étnicas se impulsaron, en los años noventa, las políticas para las ciudades incidiendo en distintos aspectos ligados a la idea de integración que Aubarell y Aragall sintetizan en cuatro[21]:

1. El impulso de la integración social con distintas líneas de actuación que iban desde la intervención en el ámbito de la educación y la ocupación, hasta la incidencia en los aspectos socio-culturales para intentar mejorar la imagen de la opinión pública sobre los inmigrantes y los contactos interétnicos.
2. Un segundo aspecto clave de esta política fue incidir en las medidas de acogida a los inmigrantes recién llegados. Aquí se ubican ya los primeros programas obligatorios que contemplaban el aprendizaje de la lengua y la cultura. Diversas ciudades holandesas comenzaron a realizar cursos de integración cívica destinados a los inmigrantes recién llegados.
3. El mercado de trabajo fue otro de los ejes importantes de acción, estableciendo una legislación específica para las empresas que les obliga a contratar un número determinado de trabajadores pertenecientes a grupos étnicos minoritarios y a elaborar, anualmente, un informe sobre el grado de consecución de los objetivos en relación a la presencia de dichas minorías.
4. Por último, se incidió en la política de retorno dando soporte económico a quienes deseen regresar a sus países de origen y tengan dificultades para hacerlo.

Este modelo holandés se gestó dentro de un amplio debate público y político. Como apuntan Aubarell y Aragall (2003, p. 143) la controversia sobre la vigencia del discurso multicultural supuso la emergencia de posiciones más liberales-nacionalistas que incidían en la necesidad de compartir una serie de valores entre los diversos miembros de la sociedad para intentar mantener la cohesión social[22].

Desde 1998, con la Ley de Integración para los recién llegados o nuevos inmigrantes (*Wet Inburgering Nieuwkomers* o WIN)[23] se estableció la obligación a nivel nacional, para determinados extran-

(20) Cfr. Human Rights Watch: *The Netherlands: Discrimination in the Name of Integration*, 15 de mayo de 2008, núm. 1, UNHCR Refworld, disponible en: *http://www.unhcr.org/refworld/docid/482d36732.html.*

(21) Vid. AUBARELL, G. y ARAGALL, X.: «Politiques locals integrals. L'"exemple holandès», en GUILLOT, J. (dir.): *Immigració i poders locals. Ciutats i Persones*, Institut de Ciències Politiques i Socials, Barcelona, 2003, pp. 125-147.

(22) En 2003 el gobierno optó por una agenda populista en la que se vinculaba de forma estrecha la inmigración con la integración, las políticas relacionadas con la inmigración familiar y el asilo también se vieron afectadas a la baja. Vid. ENTZINGER, H.: «Changing the rules while the game is on; from multicultualism to assimilation in the Netherlands», en BODEMANN, M. y YURDAKUL, G. (eds.): *Migration, Citizenship, Ethnos: Incorporation Regimes in Germany, Western Europe and North America*, Palgrave MacMillan, New York, 2006, pp. 121-144, en concreto pp. 133-134.

(23) Conviene tener en cuenta como señala MICHALOWSKI que «resulta difícil traducir el concepto neerlandés de *inburgering* con todas las diferentes connotaciones políticas que ha ido adquiriendo en los últimos años. Mientras que, en un principio, el término designaba expresamente la idea de que los nuevos inmigrantes experimentan un primer período de

jeros afectados por la norma, de superar el curso de integración si querían ser beneficiarios del derecho a la residencia. Así, los cursos de integración cívica que se habían gestado a nivel local, pasaron a formar parte de la política estatal de recepción. A partir de este momento diversos acontecimientos se sucedieron para estrechar el vínculo entre inmigración e integración[24], hasta desembocar en la Ley sobre Integración en el Extranjero, que entró en vigor el 15 de marzo de 2006. A diferencia del resto de contratos de integración que hemos mencionado, esta norma se refiere a lo que se ha denominado «integración de pre-llegada o integración en el extranjero» (Carrera, 2006 a, p. 65) puesto que se dirige a los potenciales inmigrantes que todavía están fuera del territorio nacional. Así una persona que desee inmigrar a Holanda, beneficiándose de la admisión o la reagrupación familiar, debe superar un examen, que se realizará en la embajada o consulado en el país de origen, para obtener un visado especial de entrada en el país (MVV). Para tener derecho a dicho examen el interesado debe pagar 350 euros, con independencia del material para prepararlo compuesto por un libro de texto y un DVD que cuestan 64 euros. Si el inmigrante supera el examen y consigue el MVV, tendrá que entrar en territorio holandés en los seis meses siguientes.

Aunque se superen estos cursos iniciales, una vez en Holanda, los recién llegados deben asistir a cursos de instrucción cívica para renovar sus permisos. Estos cursos han de ser costeados, desde 2007, por los inmigrantes aunque es posible solicitar el reembolso de hasta el 70% si se supera el examen. Este largo periplo para el inmigrante no se ha traducido, sin embargo, en un instrumento efectivo de integración que propicie la cohesión social, más bien al contrario contribuye a generar una imagen negativa del inmigrante en la mayoría de la población (Human Rights Watch, 2008, pp. 37-41). Además, no todos los extranjeros están obligados a realizar estos cursos de instrucción cívica, como en los casos anteriores determinadas nacionalidades (por ejemplo, estadounidenses o australianos) están exentas del examen.

Sólo si se tiene en cuenta el conjunto de la circunstancias específicas que concurren en el caso holandés, en el paso del multiculturalismo a los actuales programas de integración, puede explicarse por qué lo que algunos han llegado a considerar la «respuesta asimilacionista» es mayor aquí que en otros países europeos (Entzinger, 2006, pp. 121-144).

En el sistema británico, por ejemplo, desde el 2002 con la ley de nacionalidad, inmigración y asilo, en vigor a partir del 1 de noviembre de 2005, se exige superar el examen de «vida en Reino Unido» así como hablar inglés, galés o gaélico escocés[25]. De esta forma, inmigración, inte-

adaptación y establecimiento, el concepto político del término ahora designa no sólo el proceso en sí mismo sino también la intervención política que pretende facilitar al inmigrante las competencias necesarias para la integración», MICHALOWSKI, I.: «Modelos de acogida en Alemania, Francia y los Países Bajos: diseño y efectividad de los programas de acogida e integración», op. cit., p. 71.

(24) Como recuerda GUIRAUDON (2008, p. 2) desde el 2000 la publicación del artículo de Paul Sheffer considerando el multiculturalismo una tragedia y la integración un fracaso; los ataques terroristas del 11 de septiembre; el ascenso y muerte del político populista de izquierdas Pim Fortyun; o el asesinato de Theo Van Gogh, vinculado por los políticos y los medios de comunicación al fracaso de la política de integración; contribuyeron a la politización del tema de la inmigración, de modo que las medidas relativas a los inmigrantes se centraron en impulsar una política de integración de nuevo estilo basada en la reforma de los cursos de integración. En el mismo sentido, el calendario de las políticas de integración de los inmigantes constata un afianzamiento y endurecimiento de los programas de integración en los años 2006-2007. Cfr., NIESSEN, J.; HUDDLESTON, TH.; CITRON, L; GEDDES, A. y JACOBS, D.: *Índice de Políticas de Integración de Inmigrantes*, op. cit, p. 129. Cfr. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: *Local integration policies for migrants in Europe,* op. cit., pp. 21-23.

(25) En el calendario de las políticas de integración de 2005 a 2007, en el MIPEX se destaca en Reino Unido distintos acontecimientos relevantes: «1 de noviembre de 2005.–Nuevos requisitos para la naturalización, entre los que se incluye una

gración y acceso a la ciudadanía son términos relacionados que se afrontan conjuntamente (Carrera, 2006 b). El informe presentado en febrero de 2008 por el Ministro del Interior inglés *(The Path to Citizenship)* dejó constancia de los aspectos a tener en cuenta en este camino hacia la ciudadanía (Guiraudon, 2008, p. 4). Así, entre otras cuestiones se señala: la obtención de la ciudadanía contempla tres fases en las que se incluye un período de prueba en el que se exige a los inmigrantes que demuestren su efectiva contribución al Reino Unido, en caso contrario han de abandonar el país, este plazo puede alargarse si el inmigrante es condenado por un delito menor; se niega las prestaciones sociales para los inmigrantes que no hayan recibido la plena ciudadanía; los inmigrantes han de demostrar que pueden hablar inglés; se exige a las personas inmigrantes que contribuyan a un fondo para gestionar el impacto de la inmigración; y se agiliza el proceso de obtención de la ciudadanía para los inmigrantes que se involucren en sus comunidades locales por medio del voluntariado. Queda así patente el vínculo utilitarista entre acceso a la ciudadanía y beneficio que el inmigrante supone para el Estado.

Desde la perspectiva española el modelo constantemente aludido para apelar a los denominados contratos de integración es el francés. Tradicionalmente Francia ha sido uno de los primeros Estados en ocuparse de la concreción de una autodenominada política de integración. En 1991 el Alto Consejo para la Integración definía ésta como «una forma de alentar la participación activa en la sociedad de todos los hombres y las mujeres que van a permanecer de forma duradera en territorio francés aceptando que algunas diferencias, incluidas las culturales, subsistirán pero subrayando la semejanza y la convergencia en el área de la igualdad de derechos y obligaciones para asegurar la cohesión del tejido social»[26]. Sin embargo, las elecciones de 2002 ya pusieron en evidencia que la integración comenzaba a presentarse bajo una idea de contrato. Así en 2003 la práctica de la integración por contrato se experimentó en 12 departamentos para acabar extendiéndose a nivel nacional. El Tribunal de Cuentas francés en 2004 publicó un informe muy crítico sobre la acogida de inmigrantes y la integración de dicha población[27]. En este informe se dejaba claro que las políticas de integración de Francia de los últimos treinta años habían fracasado. Las revueltas en los suburbios franceses, en 2005, supusieron la culminación de ese sentimiento de fracaso (cfr. Wihtol de Wenden, 2006).

evaluación; Enero de 2006.–Gordon Brown propone la creación del "Día de la identidad británica" para promover la integración; 29 de noviembre de 2006.–Se crea el Comité Asesor sobre Inmigración para las empresas, administraciones locales, sindicatos y dirigentes de las distintas comunidades; Diciembre de 2006.–Aumento del 25% de los cargos por delitos con agravante racial o religioso; 30 de enero de 2007.–Los resultados de la encuesta realizada por el Institute of Directors determinan que los empresarios prefieren a los trabajadores inmigrantes debido a su ética y competencias en el trabajo; 21 de febrero de 2007.–La Comisión sobre Integración y Cohesión Social propone obligar a los cónyuges extranjeros a aprender inglés como requisito para su admisión; 22 de febrero de 2007.–A partir de este momento se considerará la expulsión de todos los prisioneros extranjeros antes que su liberación», NIESSEN, J.; HUDDLESTON, TH.; CITRON, L; GEDDES, A. y JACOBS, D.: *Índice de Políticas de Integración de Inmigrantes*, op. cit, p. 183. Cfr. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: *Local integration policies for migrants in Europe,* op. cit., pp. 34-36.

(26) Alto Comisionado para la Integración: *L"intégration à la française*, Paris, 10/18, 1993.

(27) Cour des Comptes: *L'accueil des migrants et l"intégration des populations issues de l'immigration*, Rapport au Président de la République, Cour des Comptes, Paris, 2004.

Ya en 2007 se generaliza como obligatorio el contrato de acogida e integración (CAI, *Contrat d'accueil et d'intégration*) que lleva aparejadas una serie de consecuencias jurídicas para el inmigrante[28].

En síntesis, el contrato de integración francés se concreta en la obligación del inmigrante de respetar los valores franceses, entre ellos, por ejemplo, la laicidad del Estado, asumiendo que Francia es una democracia, un país de derecho y deberes, y un país de igualdad, al tiempo que se compromete a asistir a sesiones de formación sobre las instituciones francesas. Además se exige un conocimiento adecuado de la lengua francesa, ofreciéndole cursos de idioma al final de los cuales deberá obtener el diploma inicial de lengua francesa (DILF). Estos cursos son en su primera convocatoria gratuitos pero deberán ser costeados por el propio inmigrante en caso de que éste no los supere y deba examinarse de nuevo. La duración del contrato es inicialmente de un año, si bien puede prolongarse excepcionalmente por otro más, cuando así lo estime oportuno el prefecto, para completar la formación.

La Agencia Nacional para la Acogida de Extranjeros y de Migraciones (ANAEM) es la encargada de gestionar el contrato de acogida e integración. Dicha Agencia ha asumido, desde 2005, las competencias tanto de la Oficina de Migraciones Internacionales (OMI, creada en 1945) que se encargaba de gestionar la entrada de inmigrantes en Francia, cuanto las funciones ejercidas por el Servicio Social de Ayuda a los Emigrantes (creado en 1926) que ponía a disposición de los migrantes, a partir de su llegada a territorio nacional, una acción social especializada. La ANAEM viene, por tanto, a desempeñar tareas ligadas a la política francesa de admisión de extranjeros, es decir, dispone de los mecanismos necesarios para llevar a la práctica la política del Ministerio de Inmigración, Integración, Identidad Nacional y Codesarrollo.

Por lo que al contrato se refiere, la ANAEM se ocupa de su seguimiento verificando que las acciones de formación e información que figuran en él han sido efectivamente seguidas y otorgando un certificado a su signatario, nominal, que acredita las modalidades de su validación. Este certificado es el que se transmite al prefecto para que lo pueda tener en cuenta en relación con la primera renovación de la autorización de residencia inicial *(carte de séjour),* en caso de que se hayan respetado los compromisos asumidos en el marco del contrato. En el supuesto de que el inmigrante no participe en los cursos de formación establecidos o los abandone «sin motivo legítimo» se puede rescindir el contrato. Igualmente el prefecto tiene en cuenta el cumplimiento del contrato de acogida e integración para la apreciación de la condición de integración republicana del extranjero en la sociedad francesa prevista para la concesión de la *carte de résident*.

(28) Los acontecimientos que han ido paralelos a este desarrollo normativo en el ámbito francés han sido diversos: «25 de octubre de 2005.–El 45% de los participantes en la encuesta del CSA expresan su apoyo a los derechos de voto a nivel local de los inmigrantes con más de diez años de residencia; 27 de noviembre de 2005.–Los disturbios en barrios periféricos sensibilizan a la opinión pública en relación con la discriminación contra la juventud inmigrante de segunda generación. La mayoría de las expulsiones solicitadas fueron invalidadas porque los acusados eran menores con un fuerte arraigo en Francia; 31 de marzo de 2006.–La Legislación sobre Igualdad de Oportunidades aumenta los poderes de la Alta Autoridad frente a la Discriminación y por la Igualdad (HALDE); octubre de 2006.–El gobierno abandona el decreto que obliga a las empresas de más de 50 empleados a aceptar CV anónimos; 24 de junio de 2006.–Aprobación del nuevo Código de Entrada y Permanencia de Extranjeros y Derechos de Asilo (CESEDA)», NIESSEN, J.; HUDDLESTON, TH.; CITRON, L; GEDDES, A. y Jacobs, D.: *Índice de Políticas de Integración de Inmigrantes*, op. cit, p. 69. Cfr. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: *Local integration policies for migrants in Europe,* op. cit., pp. 15-17.

Junto a este organismo, la Agencia nacional para la cohesión social y la igualdad de oportunidades (ACSÉ) se encarga propiamente de la integración de las personas inmigrantes, estableciendo así una clara diferenciación entre ésta y la política de admisiones y acogida francesa. Así corresponde a l'ACSÉ arbitrar medidas relativas a integración, lucha contra la discriminación y la igualdad de oportunidades. En concreto en el caso de los inmigrantes, esta Agencia se encarga, por ejemplo, de organizar cursos de lengua francesa para personas inmigrantes instaladas en territorio francés o de facilitar el acceso a un alojamiento.

Con la dualidad de la integración en la acogida y la que se realiza posteriormente, el contrato de integración adquiere relevancia en el momento inicial y es la llave de la permanencia en Francia en situación de regularidad. Por tanto, desde el punto de vista interno francés la integración se plantea como una condición de la inmigración duradera, y no a la inversa, aunque en Francia la situación que se haya producido en el pasado sea la contraria, es decir, la inmigración duradera ha llevado a la integración. Así podemos encontrarnos con situaciones tan flagrantes como la de que pueda retirarse el permiso de residencia tras diez años de estancia si las condiciones de la integración no se han alcanzado, teniendo en cuenta que se puede arrastrar con ello a la familia ¿qué ocurrirá con los niños nacidos en Francia? (Wihtol de Wenden, 2006, p. 265). En la actualidad el contrato de integración, su superación, es importante, como señalábamos, para la obtención del permiso de residencia permanente pero se está barajando la posibilidad de que también sea necesario para la nacionalización.

III. EL ALCANCE JURÍDICO DE LA LEY AUTONÓMICA EN EL CONTEXTO NACIONAL ESPAÑOL

Teniendo como referente los distintos programas europeos de integración y, más en concreto, el modelo francés, conviene tener en cuenta que la legislación estatal española no contempla un contrato de integración, de hecho España fue una de las firmes opositoras a su inclusión en el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, quizá, entre otras cuestiones, por las reminiscencias electoralistas que la simple denominación suponía en nuestro contexto. De hecho, la actual normativa básica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, apenas hace expresa referencia a ésta, de tal forma que ha sido uno de los pilares más débiles de la autodenominada política de inmigración siempre centrada en el mercado de trabajo [vid. Solanes, 2008 a) y Cachón, 2007 y cfr. Castles, 2006][29].

Entre los instrumentos articulados a nivel estatal en relación a la integración se encuentra actualmente en vigor el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (PECI) 2006-2010[30] que se

(29) Cfr. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: *Local integration policies for migrants in Europe,* op. cit., pp. 28-30.

(30) Una de las cualidades del PECI, como recuerda CACHÓN, es que hace explícito el marco político para la integración de y con los inmigrantes, aunque el gran reto sea ponerlo en práctica y avanzar en los principios que se dice que lo inspiran para lo cual se necesita un terreno operativo en el que colaboren tanto las distintas administraciones públicas, cuanto lo sociedad civil. CACHÓN, L.: «La integración de y con los inmigrantes en España: debates teóricos, políticas y diversidad territorial», *Política y Sociedad*, 2008, vol. 45, núm. 1, pp. 205-235, en concreto p. 229. En el mismo sentido el informe de 2008 del Foro Social para la Integración insiste en la necesidad de trabajar en la firma de un verdadero Pacto de Estado sobre Inmigración, que tome como referencia el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración, así como la iniciativa del Consenso Social sobre Migración, junto a otros estudios y recomendaciones emanadas de la sociedad civil, con el fin de que la inmigración no sea instrumentalizada políticamente y las políticas desarrolladas puedan surtir efectos verdaderamente

construye sobre los mencionados principios básicos comunes para las políticas de integración de los inmigrantes en la Unión Europea enunciados en 2004. Por tanto, como señalábamos anteriormente, la integración ha de ser concebida como un proceso social dinámico y prolongado en el tiempo, que requiere un esfuerzo mutuo o bidireccional de adaptación tanto por la población inmigrada como de la sociedad receptora. Es en este contexto donde se ubican las tres directrices que inspiran el PECI: igualdad, ciudadanía e interculturalidad y los diez objetivos concretos en los que éstas se proyectan[31].

Junto al Plan estatal, transversal para el conjunto de la población, las Comunidades han desarrollado a su vez distintas líneas de actuación en materia de integración en diferentes programas de actuación (cfr. Aja *et al.,* 2006). En general, la estructura de los documentos programáticos autonómicos es similar entre sí y establece una concepción integral y multidimensional de la integración, teniendo presente acciones específicas en distintas materias: acogida, educación, trabajo, formación, salud, alojamiento, servicios sociales, sensibilización, cooperación al desarrollo y asistencia jurídica (vid. Bonio *et al.,* 2003 y García Añón, 2003). Asimismo estas actuaciones se han traslado a nivel local, con diversos planes municipales, intentando asegurar el desarrollo de una integración transversal que sea alentada, administrativamente, desde abajo, al tiempo que se completa en el ámbito de la sociedad civil organizada por la actuación del tercer sector (cfr. Solanes, 2006). En ningún caso la integración ha sido concebida, con la actual ley, como una obligación jurídica del inmigrante, si bien en su articulación práctica no puede negarse que las políticas de integración se han visto afectadas por la recensión económica y la lectura de ella en clave de limitación de la capacidad de inclusión a la que antes nos referíamos, en este caso, en el contexto español (Izquierdo, 2008, pp. 221-242).

Tampoco la propuesta de reforma legal, actualmente en discusión, se refiere de forma expresa al contrato de integración. En concreto en el punto cuarto de los objetivos se apuesta por favorecer la integración de los inmigrantes asumiendo para ello las líneas del Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, en el que como hemos advertido esa obligación jurídica de integración vía contractual no existe. Aunque la modificación insista en que la «integración debe ser uno de los ejes centrales de la política de inmigración y debe apostar por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y a la ley», lo cierto es que no se concibe como un contrato vinculante añadido para el inmigrante. En este contexto el nuevo artículo que se propone en relación a la integración de los inmigran-

integradores», Foro para la Integración Social de los Inmigrantes: *Informe sobre la situación de la integración social de los inmigrantes y refugiados en 2008*, aprobado en el pleno ordinario de 14 de octubre de 2008, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, p. 201.

(31) Entre ellos: reconocer plenos derechos civiles, sociales, económicos, culturales y políticos a las personas inmigradas; adecuar las políticas públicas, especialmente la educación, el empleo, los servicios sociales, la salud y la vivienda tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa, gestionando la diversidad de las nuevas demandas; garantizar el acceso de la población inmigrada a los servicios públicos: educación, empleo, servicios sociales, salud y vivienda en igualdad de condiciones con la población autóctona; establecer un sistema de acogida para inmigrantes recién llegados y en situación de vulnerabilidad; fomentar entre ciudadanos y ciudadanas inmigrantes el conocimiento de los valores comunes de la Unión Europea, de los derechos y las obligaciones de las personas residentes en el Estado español; luchar contra las diversas manifestaciones de la discriminación, el racismo y la xenofobia en todos los campos de la vida social; introducir la perspectiva de género, en la elaboración y en la aplicación de las políticas en el campo de la integración de la población inmigrada; fomentar políticas y experiencias de codesarrollo; favorecer la comprensión por parte de toda la sociedad española del fenómeno migratorio, mejorar la convivencia intercultural; y estimular políticas públicas de las distintas Administraciones públicas y de la sociedad civil.

tes, concreta funciones promocionales para los poderes públicos (a nivel estatal, autonómico y local) sin mencionar la obligación jurídica expresa del inmigrante[32]. En cualquier caso, el hecho de que no se haya hecho una alusión concreta al carácter bidireccional de la integración y la alusión al castellano y a las lenguas cooficiales, recordando una especie de test lingüístico, no debe suscitar interpretaciones extensivas de las exigencias específicas que del articulado se desprenden, a partir de cuya literalidad no puede identificarse «favorecer el aprendizaje» con imponerlo tal como ocurre con el caso francés.

Esta ausencia de referencia expresa al contrato de integración en la ley estatal no ha impedido que algunas normas autonómicas hayan intentado acercarse a lo que éste supone aunque con matices que, considero, lo configuran como instrumento totalmente diferente al francés. Así requiere especial mención la Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Integración de las Personas Inmigrantes en la Comunidad Valenciana[33]. Como se enuncia ya en su preámbulo, el fin de la ley es establecer las bases para la integración social, respetando los valores constitucionales, pero dentro de un claro marco competencial irrenunciable en el cual la extranjería es competencia del Estado, aunque existan áreas en las que ésta se entrecruza, que hayan sido transferidas a la Generalitat como las relativas a servicios sociales, educación y sanidad (cfr. Aja y Roig, 2000 y Roig, 2002).

Conviene tomar en consideración, en principio, que el Estatut d'Autonomía de la Comunitat Valencia, como ocurre también con el de Baleares, omite la posible extensión de derechos a los extranjeros. Otros, en cambio, como el Estatuto de Andalucía, reconocen expresamente que los derechos que en él se contemplan son de todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía, incluidos los inmigrantes. Los Estatutos de Aragón, Castilla y León, y Cataluña, reconocen como titulares sólo a los españoles con vecindad administrativa en la comunidad autónoma, haciendo referencia a la posible extensión a los extranjeros (Montilla y Rodríguez Candela, 2008, pp. 177-178).

Por otra parte, en virtud de lo establecido en los artículos 10.3 y 59.5 del Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana, la Generalitat puede asumir un importante papel en relación a la inmigración, por ejemplo, en el momento de la acogida, pero en todo caso colaborando con la Administración central en lo relativo a la política de inmigración. Es decir, el respeto a la jerarquía normativa obliga a que la ley autonómica ajuste sus competencias a la norma estatal (cfr. Montilla y Vidal, 2007). Es precisamente en este punto donde puede suscitarse algún tipo de controversia con el nuevo instrumento de integración que establece la ley valenciana en su título II.

(32) Vid. artículo 2 ter. Integración de los inmigrantes, Anteproyecto de Ley Orgánica 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, modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre; 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre, presentado el 19 de diciembre de 2008.

(33) DOCV núm. 5911, de 11 de diciembre de 2008. Esta ley hay que situarla en el contexto autonómico que la precedió de forma inmediata, en concreto conviene tener en cuenta dos instrumentos; la Ley 11/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, DOCV núm. 5803, de 10 de julio de 2008, presentada sobre todo durante su trámite de discusión, entre otras cuestiones, como un instrumento para ampliar los derechos de los valencianos residentes en el exterior y los inmigrantes; y el Plan Director de Inmigración y Convivencia 2008-2011, Generalitat Valenciana, Conselleria d'Inmmigració i Ciutadania, de 18 de julio de 2008.

En efecto, el artículo 6 de la ley autonómica concreta el denominado compromiso de integración cuyas características más relevantes son: su carácter voluntario, ir dirigido a personas inmigrantes mayores de edad, y entenderse como una manifestación del mutuo interés de procurar la plena incorporación de éstos a la sociedad valenciana. Propiamente este compromiso, según dicho precepto, «consiste en el ofrecimiento, por parte de la Generalitat, de un programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana que facilite a la persona inmigrante los conocimientos básicos sobre aquélla y en la manifestación de la voluntad de la persona inmigrante de seguir con aprovechamiento dicho programa». De acuerdo con la literalidad normativa este compromiso de integración no es equiparable, desde la dimensión jurídica, al contrato de integración francés al que antes aludíamos al menos por dos razones:

1. En principio su carácter voluntario, opcional para el inmigrante, hace que éste pueda decidir no realizarlo. Obviamente el conocimiento de la lengua (en todo caso castellano y valenciano) y la cultura valenciana, con la consiguiente certificado acreditativo puede facilitarle su inserción en el contexto social, pero no es un deber jurídico.
2. No estando contemplado en la ley estatal su alcance jurídico es más bien limitado, sobre todo en el sentido de que pueda hacerse valer su carencia como un demérito del extranjero que pueda reflejarse en su estatuto jurídico.

Sobre esta segunda cuestión vale la pena insistir para concretar el alcance de este compromiso. Aunque expresamente el artículo 6.2 de la Ley 15/2008 indica que «la persona que supere con aprovechamiento dicho programa recibirá un certificado acreditativo que podrá hacer valer en sus relaciones sociales y jurídicas» es discutible que éste pueda catalogarse como un requisito *sine qua non* para la configuración de un estatuto jurídico pleno a favor del inmigrante. En este contexto, pueden plantearse diversas dudas, por ejemplo, que en la práctica administrativa se produzca una efectiva conexión entre el certificado acreditativo de haber superado con éxito el programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana y el informe de inserción social que el Ayuntamiento puede emitir a favor del inmigrante (si éste carece de los vínculos familiares normativamente establecidos) en el caso del denominado arraigo social[34].

Este tipo de arraigo es una de las pocas posibilidades de residencia temporal en supuestos excepcionales o, lo que es lo mismo, de regularizar la situación por una vía ordinaria estando exento del requisito del visado. En efecto, para poder acceder a una autorización de residencia por razones de arraigo, en concreto en este segundo tipo que contempla el reglamento, hay que acreditar vínculos familiares o presentar un informe de inserción social emitido por el Ayuntamiento en el que el extranjero tenga su domicilio habitual. Dicho informe debe incluir, de acuerdo con las instrucciones que lo desarrollan[35]:

1. El tiempo de permanencia del interesado en su domicilio: es decir, el que al Ayuntamiento le «consta». Debemos entender que en este caso la opción por excelencia es el recurso al padrón municipal, aunque no necesariamente sea la única.

(34) Artículo 45.2.b) RD 2393/2004.

(35) Artículo 46. 1.c) RD 2393/2004. Teniendo además en cuenta las concreciones que al respecto realiza el anexo de la Instrucción de 22 de junio de 2005 que contienen el modelo oficial para presentarlo.

2. Los medios de vida con los que cuenta: el anexo de la Instrucción señala que esta exigencia relativa a los medios de vida puede acreditarse con el compromiso de contratación firmado por el empleador y el solicitante; certificación o documentación bancaria; otros: ayuda social, etc.[36]
3. El grado de conocimiento de las lenguas que se utilicen: en este supuesto hay que distinguir entre el conocimiento de la lengua castellana y el de la lengua cooficial en la comunidad autónoma en que se encuentre el extranjero, contemplando una diferenciación entre el nivel hablado y el escrito.
4. La inserción en las redes sociales del entorno: éste es el supuesto más indeterminado y genérico puesto que la Instrucción no concreta nada, ni siquiera en el anexo.
5. Los programas de inserción sociolaboral de instituciones públicas o privadas en los que el extranjero haya participado: el extranjero debe acreditar que él o sus familiares directos han participado en programas educativos o de inserción social y/o laboral evidenciando el nombre, la fecha y duración del programa, el participante y la entidad organizadora.
6. Otros extremos que puedan servir para determinar su grado de arraigo: entre los que la Instrucción hace especial mención a los referidos a la vivienda en la que tiene su domicilio, en concreto, según el anexo, la superficie y número de personas empadronadas en la vivienda que el extranjero en cuestión habita.

El informe municipal tan sólo tiene carácter facultativo y no vinculante, con lo cual sólo tendría sentido para orientar a la Administración en cuanto a la concesión de la autorización de residencia temporal dejando constancia de la acreditación del arraigo en el municipio[37]. La Instrucción de 22 de junio de 2005 insiste en relación al carácter del informe de inserción social en que el Ayuntamiento lo emite exclusivamente a los fines de la tramitación de la solicitud de autorización de residencia temporal en circunstancias excepcionales por razones de arraigo y se presume que su elaboración se ha realizado de buena fe, de forma que no consta a sabiendas ningún tipo de falsedad o simulación que pudiera ser objeto de las correspondientes actuaciones administrativas o penales.

Si nos centramos en los puntos 3, 4 y 5 de la instrucción ¿puede entenderse que únicamente se consideran cumplidas dichas exigencias si se supera el programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana?, ¿dejarán de tener valor a estos efectos del arraigo otro tipo de diplo-

(36) La jurisprudencia ha realizado una interpretación amplia a la hora de concretar los medios de vida del extranjero. Así, por ejemplo el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 20 de julio de 2007 tiene en cuenta los ingresos de la pareja de hecho del extranjero para acreditar los medios de vida. En tal sentido en el fundamento jurídico tercero mantiene «la resolución recurrida exige que los medios de vida al alcance de la apelante sean propios cuando lo cierto es que tanto la Ley como su reglamento se conforma con que resulten suficientes, lo que, claramente, son conceptos distintos... la clave se halla en que la recurrente disponga de medios de vida suficientes, aunque no sean propios, o provengan de bienes productivos o fuentes de renta ajenos, pero puestos a su disposición por un título. Éste es el momento en que debe entrar a valorarse en qué medida repercute en la cuestión el hecho de que la apelante mantenga una relación afectiva con un ciudadano español, cuyo fruto fue el alumbramiento de un niño... la aportación de la autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas... equivale al reconocimiento de la existencia de un pacto tácito por el que los miembros de la pareja conforman una unidad extensiva a lo económico». Asimismo el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 14 de enero de 2009 consideró que las ayudas sociales deben incluirse a los efectos de determinar los recursos económicos suficientes en la concesión de la autorización de residencia y trabajo.

(37) Artículo 83.1 de la Ley 30/1992: «Salvo disposición en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes».

mas relativos a la lengua u otros cursos que pueda realizar el inmigrante? En mi opinión la respuesta ha de ser negativa sobre la base del carácter voluntario del compromiso de integración y la no alusión a él por parte de la norma de extranjería estatal. Realizar una interpretación en sentido contrario equivaldría a dotar el compromiso de integración de un alcance jurídico que no contempla la normativa estatal y que podría condicionar, hasta anular a nivel autonómico para aquellos que no cuenten con vínculos familiares, el acceso a la vía más dinámica (aunque insuficiente dentro del marco restrictivo de la ley de extranjería) de regularización ordinaria que es la del arraigo social.

Desde mi punto de vista, no resulta extrapolable el modelo del contrato de acogida e integración francés al compromiso de integración valenciano, puesto que el primero es obligatorio en cuanto indispensable para permanecer regularmente en territorio francés, se regula por norma estatal, se gestiona por agencias que homogenizan su aplicación en el ámbito nacional y dispone claramente el tipo de sanciones aplicables en caso de incumplimiento o no superación con éxito. En cambio, el compromiso de integración de la ley valenciana, es voluntario, tiene un alcance geográficamente condicionado al territorio autonómico, y sobre todo, no puede interferir en una competencia estatal como es la concreción de las situaciones administrativas de residencia regular, su permanencia o acceso a ellas. Que la comunidad autónoma tenga competencia en el campo de la integración y la atención de las personas inmigrantes en la sociedad de acogida, no significa que pueda interferir en la concreción de su estatuto jurídico, desde una vertiente reductiva, añadiendo obligaciones que podrían dificultar el acceso a la regularidad sólo en este territorio autonómico. Insistir en el carácter voluntario del compromiso, interpretando literalmente la norma, para admitir que el certificado acreditativo del aprovechamiento del programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana puede ser una vía para la obtención del informe favorable del Ayuntamiento para acceder al arraigo social (como lo puede ser también, sin carácter exclusivo, para gestionar determinado tipo de prestaciones, que no para la renovación de autorizaciones, por ejemplo), pero en ningún caso la única, es la forma de salvar la posible vulneración del principio de jerarquía normativa que se podría producir en caso contrario.

De cualquier manera, la disposición autonómica no ha concretado, todavía, la aplicación del programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana, en lo relativo a su contenido, fases y duración, sino que lo remite al desarrollo reglamentario abriendo la posibilidad de que participen las entidades locales, universidades, colegios profesionales, organizaciones no gubernamentales, sindicales, empresariales, de personas inmigrantes y asociaciones de interés general.

Dentro del entramado administrativo valenciano, parece que las Agencias de Mediación para la Integración y la Convivencia Social[38] son junto a los autodenominados organismos de integración de las personas inmigrantes (es decir, el Foro Valenciano de la Inmigración, el Observatorio de la Inmigración y otros que se creen con carácter permanente o temporal) las llamadas a gestionar este compromiso de integración. Como la propia Ley 15/2008 reconoce, en su artículo 15, son oficinas dependientes de la administración local, cuya función se centra en la información, mediación, asesoramiento y orientación sobre los recursos de la administración y de las entidades en materia de integración de las personas inmigrantes. Puede, por tanto, entenderse, *mutatis mutandi*, que las AMICS pretenden ser en el ámbito valenciano lo que la ANAEM es en territorio francés, al menos en lo relativo a la acogida de las personas inmigrantes y a gestión del compromiso de integración con las divergencias antes indicadas.

(38) AMICS, nomenclatura que tiene un doble significado puesto que en su traducción al castellano significa «amigos».

Ahora bien, de nuevo nos encontramos en un momento de incertidumbre respecto a la organización y funcionamiento concreto de estas Agencias, que igualmente se reenvía al desarrollo reglamentario pendiente, junto a la articulación de la Red de AMICS como instrumento de coordinación de las políticas de integración de las personas inmigrantes con los entes locales de la Comunidad Valenciana que disponen de agencias.

La coordinación es en todo caso fundamental en la concreción de las competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, impulsándola mucho más de lo que se ha hecho hasta el momento y primando el papel de los entes locales (Izquierdo y León, 2008). El ya mencionado texto de reforma de la LO 4/2000 propone como órgano encargado de dicha interacción administrativa a la Conferencia Sectorial de Inmigración que está llamada a ser un cauce para articular la cooperación entre la Administración General del Estado y las comunidades autónomas. Especialmente relevante resulta la actuación coordinada entre ambas Administraciones públicas, cuando la comunidad autónoma hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo[39].

En efecto, el Estatuto de Cataluña y otros que le han seguido, como el andaluz[40], articulan la materia competencial de inmigración desde tres principios: la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y la resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y, en tercer lugar, la aplicación del régimen de inspección y sanción. Como recuerdan Montilla y Rodríguez Candela (2008, pp. 176-177) con la actual LO 4/2000, y sus modificaciones, y el RD 2393/2004, no existen, más allá del régimen de estudiantes y solicitantes de asilo, autorizaciones que sean propiamente de trabajo, sino autorizaciones de residencia y trabajo, por ello es necesario articular un procedimiento de coordinación entre la competencia autonómica sobre la autorización de trabajo y la estatal sobre la de residencia.

De esta cuestión se ocupa el proyecto de reforma del reglamento[41] que respecto a las autorizaciones iniciales de trabajo de los extranjeros insiste en que la posibilidad de trabajar va unida a la de residir. Así, cuando se haga efectivo el traspaso de competencias de la primera materia a las comunidades autónomas concurrirán en el correspondiente procedimiento administrativo dos Administraciones públicas: por una parte, la autoridad laboral autonómica, encargada de resol-

(39) Vid. artículo 63 del texto de reforma que modifica la redacción del artículo 68.

(40) El Estatuto valenciano, aprobado con anterioridad al catalán, asume también estas competencias en virtud de la comúnmente denominada cláusula de actualización, en este sentido el artículo 88, de la Ley Orgánica 1/2006, modifica la redacción de la disposición adicional en el siguiente sentido: «1. Cualquier modificación de la legislación del Estado que, con carácter general y en el ámbito nacional, implique una ampliación de las competencias de las comunidades autónomas será de aplicación a la Comunitat Valenciana, considerándose ampliadas en esos mismos términos sus competencias. 2. La Comunitat Valenciana velará por que el nivel de autogobierno establecido en el presente Estatuto sea actualizado en términos de igualdad con las demás comunidades autónomas. 3. A este efecto, cualquier ampliación de las competencias de las comunidades autónomas que no estén asumidas en el presente Estatuto o no le hayan sido atribuidas, transferidas o delegadas a la Comunitat Valenciana con anterioridad obligará, en su caso, a las instituciones de autogobierno legitimadas a promover las correspondientes iniciativas para dicha actualización». Vid. Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, BOE núm. 86, de 11 de abril de 2006.

(41) Proyecto de Real Decreto por el que se modifica 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 el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre la 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, 18 de noviembre de 2008.

ver la concesión de la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, al amparo de la autorización de residencia y trabajo solicitada; y, por otra, la autoridad estatal competente en materia de residencia de extranjeros, que resolverá sobre la posibilidad de que el extranjero resida en España, al amparo de dicha solicitud de autorización de residencia y trabajo.

El ámbito geográfico en el que la relación de trabajo se inicie y se desarrolle será determinante para que, en su caso, la Administración autonómica tenga atribuida la competencia ejecutiva sobre tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta ajena y propia, de tal forma que a sus órganos competentes les corresponda la recepción de solicitudes y la resolución de la autorización laboral en los supuestos reglamentariamente establecidos[42]. Las autorizaciones iniciales de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena no podrán exceder, salvo en los casos legalmente previstos, de su ámbito geográfico[43].

La progresiva asunción de competencias que están llamadas a experimentar las comunidades autónomas en materia de inmigración en los próximos años, desplazando el monopolio estatal existente hasta el momento, reviste de especial importancia la previsión de la ley autonómica en lo relativo a la implementación del compromiso de integración.

IV. MIRANDO AL FUTURO

Si recapitulamos, de las líneas directrices de la Unión Europea se desprende la irrenunciable necesidad de articular la integración con la población de origen migrante, desde una gestión multidimensional (social, económica, política, jurídica) y holística. En este contexto, la opción por los denominados contratos de integración o las trayectorias hacia la ciudadanía, en clave normativa vinculante, como instrumento de integración en el futuro, han de ser valorados en su justa medida. Los programas de integración europeos analizados suponen una obligación jurídica añadida cuya efectividad, a los fines que se dice pretender, es cuestionable.

En este sentido, respecto a contratos jurídicamente vinculantes que vienen aplicando algunos Estados europeos, y que podrían ser para algunos[44] la fuente de inspiración a seguir en España, algunas matizaciones básicas me parecen ineludibles:

1. El concepto de integración que se vincula al contrato es muy reducido y en nada recuerda a la bidireccionalidad de la que se habla desde la Unión Europea en la medida en que la sociedad de acogida permanece impermeable a él. También aquellos extranjeros, incluso nacionales de ter-

(42) Vid. artículo primero, apartado veintinueve en el que se adiciona un artículo nuevo, con el número 99 bis en el proyecto de reforma del reglamento, así como la disposición adicional única sobre supuestos específicos, la disposición transitoria única sobre solicitudes presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación del reglamento, de dicha propuesta de reforma.

(43) Vid. la disposición final primera sobre el ejercicio de la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo inicial por cuenta propia y ajena de las comunidades autónomas, de acuerdo con la redacción dada por la propuesta de modificación del reglamento.

(44) Cfr. Proposición de ley 122/000114. Proposición de Ley de modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y a su vez modificada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (Orgánica). Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 21 de noviembre de 2008, núm. 125-1.

ceros Estados, que fuera del ámbito de aplicación personal de las legislaciones de extranjería no se ven afectados por estos contratos (como los trabajadores altamente cualificados o aquellos que se beneficien de regímenes jurídicos especiales) son ajenos a las medidas de integración. En este sentido, resulta cuanto menos llamativo, por ejemplo, que a los nacionales de países como Australia, Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda o Japón, no se les apliquen las rígidas disposiciones holandesas de integración; del mismo modo que los cursos de idioma y cívicos en ningún caso se dirigen a los comunitarios en otro Estado de la Unión.

Ciertamente los destinatarios principales de los programas de integración vinculantes son los recién llegados, mayores de edad, que tienen un conocimiento muy primario de la lengua del país de recepción; y, en segundo lugar, aquellos que deseen acceder a la residencia permanente, pero no todos los extranjeros. El vínculo que aquí se observa, como ha advertido entre otros Carrera (2006, p. 67) es el relativo a la integración y la pobreza, puesto que el nivel económico y la dependencia se incluyen entre los factores que mayor peso adquieren a la hora de concretar si el inmigrante es o no sujeto de los programas de integración. En contrapartida, el desempleo (con el los ínfimos ingresos económicos) y la dependencia de los recursos del Estado de Bienestar pueden interpretarse como una falta de integración por parte del inmigrante.

2. No puede obviarse que nos encontramos ante un acuerdo en el que las partes se encuentran en una clara situación de desigualdad, de tal forma que el contrato es prácticamente de adhesión, sin que el inmigrante pueda decir nada al respecto. Además se le exige en el momento inicial que es el de mayor debilidad jurídica. No se tienen en cuenta, por tanto, ni las diferentes necesidades ni las distintas situaciones en el momento de la llegada, por ejemplo, una muy elemental como que el extranjero no pueda asumir su coste económico en los casos en los que la legislación estipula que a él le corresponde. Como constata Michalowski (2007, p. 83), en el caso de Alemania, Francia y los Países Bajos, los programas de integración pretenden establecer un estándar compartido con la finalidad de asegurar las mismas medidas para todos los inmigrantes legales y permanentes en todo el país. Para ello es imprescindible articular un procedimiento administrativo común, que es siempre el punto de partida, de tal forma que sólo existe una posible adaptación a las necesidades individuales y particularidades locales en una segunda fase. En este esquema, se supone que un programa de integración eficiente es aquel que ha de proporcionar, inicialmente, estandarización y ocuparse sólo de forma colateral de la diferenciación.

3. El éxito del contrato de integración es más que cuestionable al menos por dos razones: por un parte, en determinados casos, como el francés, se puede valorar desde una perspectiva meramente cuantitativa que evidencia el número total de exámenes que se han superado respecto a los contratos efectivamente arbitrados, pero eso no aporta un dato sobre lo que realmente está ocurriendo en cuanto a la integración en la vida diaria del inmigrante; por otra parte, la superación incluso con éxito de exámenes de idioma y cultura no garantiza otras dimensiones que también van unidas a la integración. Aunque el contrato se dé por superado éste, por sí mismo, no garantiza la efectiva implementación en el mercado laboral o la interrelación con la población autóctona (Guiraudon, 2008, p. 6).

En efecto, de los seguimientos de programas que se han hecho hasta el momento no puede demostrarse que la mera participación en ellos haya reforzado las oportunidades de las personas inmigrantes en el mercado laboral. Así, por ejemplo, en el caso holandés la evaluación de los programas ha constatado que a corto plazo, ni las competencias lingüísticas ni la participación

en el mercado laboral de los inmigrantes que han seguido los programas aumentan significativamente, de tal forma que el Gobierno holandés (en el período 2003-2007) ha llegado a considerarlas una inversión social de dudosa eficacia (Michalowski, 2007, p. 84).

4. En conjunto, las propios resultados que han dado estos programas de integración, aunque su evaluación haya sido hasta el momento insuficiente (Guiraudon, 2008, p. 5), no pueden considerarse definitivos en la medida en que el examen de su efectividad se realiza comparando los resultados con objetivos políticos bastante limitados. En efecto, como demuestra Michalowski (2007, pp. 81-82) las evaluaciones se hacen sin grupos de control, se basan mayoritariamente en datos existentes y dependen de la calidad de los mecanismos de recopilación estadística[45]. En cualquier caso los test de lengua, su superación, sigue siendo el criterio fundamental a la hora de evaluar la efectividad de los programas de integración, pero las evaluaciones ponen de manifiesto que es difícil para el Estado dirigir el proceso de integración individual, de tal forma que, a menudo las expectativas sobre lo que podría ser posible han sido mayores que los resultados que se dan en la realidad.

Es significativo que se apliquen los programa de integración desde la perspectiva contractual más en estados como Francia u Holanda, en los que la migración neta es negativa, es decir, son más los que se van que los que llegan (Guiraudon, 2008, p. 5).

En realidad es obligado plantearnos si estos instrumentos persiguen impulsar la integración de la población inmigrante, o si responden a un contexto marcado por las políticas de inmigración restrictivas en las que los elementos en buena medida también simbólicos (de preservación de la identidad nacional, de los valores constitucionales, etc.) adquieren una especial relevancia y la figura del inmigrante queda estigmatizada (De Lucas, 2003 a, pp. 39-68 y 2008 b).

Los contratos incluidos en los programas de integración no responden exclusivamente a una carencia de integración en el ámbito social, sino que se relacionan de forma muy estrecha con la crisis general de los sistemas sociales o lo que se ha considerado como el declive de la capacidad inclusiva del estado del bienestar (Bommes, 2003), también en los países europeos. Es en este contexto en el que se ubican los contratos de integración como obligación jurídica que, desde determinados sectores, han sido considerados como un retorno a la asimilación puesto que inciden especialmente en la adquisición de competencias lingüísticas y de carácter cívico. Este esfuerzo añadido que se requiere al inmigrante no va aparejado de una mayor inserción o promoción en atención a sus circunstancias específicas en el mercado laboral. Debería potenciarse una integración socioeconómica en lugar de la asimilación cultural clásica que es la idea fundamental por la que se articulan estos contratos de integración (Brubaker, 2003), sin perder de vista la igualdad jurídica.

La concepción unilateral de la integración en forma de deber contractual, es, en mi opinión, difícilmente compatible con una visión global del proceso de integración, es decir, con la consi-

(45) Uno de los ejemplos que pone la mencionada autora me parece excelente para evidenciar las perversiones que pueden darse en las evaluaciones de estos programas incluso en uno de los elementos de referencia por antonomasia como es la lengua: «en los Países Bajos, por ejemplo, la evaluación detectó que un número nada despreciable de participantes en los cursos de lengua, en lugar de progresar, parecía experimentar una regresión al participar en dichos programas, ya que los resultados de la prueba final eran peores que los de la prueba inicial. Los autores de la evaluación holandesa explicaron esta paradoja señalando una incompatibilidad entre el tipo de pruebas de lengua utilizadas en la evaluación inicial y en la evaluación final», MICHALOWSKI, I.: «Modelos de acogida en Alemania, Francia y los Países Bajos: diseño y efectividad de los programas de acogida e integración», op, cit., p. 82.

deración de que ésta necesita de forma ineludible un enfoque multidimensional que supere la estricta consideración del conocimiento de la lengua o la cultura como indicadores, casi exclusivos, de la integración y que además lleva aparejada un proceso temporal que no se corresponde con los plazos contractuales. En la adopción de políticas de integración multidimensionales conviene comenzar insistiendo en la necesidad de favorecer para las personas inmigrantes el acceso a los derechos sociales tales como la educación, la sanidad, la vivienda o los servicios sociales, así como la integración laboral y social, ciertamente porque son los aspectos más precarios en las legislaciones de los distintos Estados miembros (De Lucas, 2003 b, pp. 129-141; 2006, pp. 13-14 y Añón, 2004) sin que los test de lengua o conocimientos cívicos comprometan su estatuto jurídico.

Para la opción por una integración no contractual, son plenamente válidos los principios articulados por la Unión Europea en el 2004. Aunque en el principio cuarto se insista en el conocimiento básico del idioma de la sociedad de acogida, su historia y sus instituciones, como indispensable para la integración, animando a los Estados a poner en marcha cursos de idioma y de instrucción cívica para los inmigrantes, ello no significa que sean necesarios los contratos de integración vinculantes. Más bien al contrario, el proceso de doble sentido de adaptación mutua sobre el que asienta el primero de los principios, exige en la dimensión social la articulación de espacios de intercambio y mutuo conocimiento, pues las sociedades receptoras de flujos migratorios sin duda se van a ver afectadas (Bauböck, 2004 y 2006), pero en el ámbito jurídico no exige obligaciones añadidas.

Se trata de insistir en la idea de que la integración no ha de ser estrictamente en clave cultural, si no más bien social y jurídico-política en clave de pertenencia[46]. Es aquí donde entra en juego la noción de ciudadanía que no supone sólo un mera pertenencia a la organización que es el Estado, sino que además establece el estatuto jurídico, en cuanto a su contenido, fijando los derechos y deberes de los ciudadanos (De Lucas, 2004). Entre ellos, como recuerda Habermas (2000, p. 626), incluye, los derechos democráticos de los que los sujetos pueden valerse para, de forma reflexiva, cambiar su situación, posición, o condición jurídica material, entre ellos los derechos de participación pública y, en concreto, los políticos. Si a determinados individuos se les niegan esos derechos, se limita su capacidad de asegurarse un trato igual y de influir sobre la toma de decisiones, cerrando así el círculo de la exclusión. El estatuto jurídico pleno es el punto de partida de la integración jurídica.

En esta línea, resulta más acertada la aparente opción española perfilada con la propuesta de reforma, de fomentar y favorecer el aprendizaje de la lengua, el respeto a los valores constitucionales y a los Derechos Humanos, sin postular un deber específico del inmigrante que condicione su futuro estatuto jurídico. Ello no exime de que sea recomendable una ampliación en el reconocimiento de derechos y, desde luego, un reforzamiento en las garantías. En la dimensión autonómica, el estricto respeto al carácter voluntario del denominado compromiso de integración es lo que lo hace compatible con la norma estatal puesto que, obviamente, la promoción no es la imposición. Otra forma de articulación de dicho compromiso colocaría en una situa-

(46) Por supuesto, y de forma irrenunciable, también con los derechos políticos vid. DE LUCAS *et al.: Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, Fundación BBVA, Madrid, 2008 y SOLANES, A.: «La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año núm. 12, núm. 18, 2008, pp. 67-96.

ción de agravio comparativo, respecto al resto de comunidades autónomas, al colectivo migrante presente en territorio valenciano.

Los derechos y deberes comunes compartidos por el conjunto de personas en el seno del Estado de Derecho apelando al pacto social en la más pura concepción contractualista hacen innecesario, (incluso sumamente discutible si se alude también a las disposiciones internacionales y a la imposibilidad de hacer algunas distinciones con base en ellas), la articulación de obligaciones jurídicas específicas para determinados colectivos más allá de las ya estipuladas en el ordenamiento jurídico. Los límites en el Estado de Derecho son comunes: el respeto a la Constitución y a la ley, tanto para los nacionales, los ciudadanos, los extranjeros, los comunitarios o los inmigrantes, porque son (han de ser) compartidos por el conjunto de los administrados, de lo contrario se les está exigiendo a determinadas personas que ofertan un plus que no se les requiere a los ciudadanos[47]. Es más, el proceso de integración requiere a nivel jurídico-político lo que se ha denominado una «laicización de las identidades», entendiéndola no solo en clave religiosa sino también cultural. Es decir, la existencia de una pertenencia común en un espacio de derechos, obligaciones y valores compartidos, y una pertenencia singular, en un espacio privado en el que cultivar la diferencia (Naïr, 2006, p. 207).

Las personas inmigrantes, como el resto de sujetos de derecho, en los actuales Estados democráticos (cfr. Beck, 2008), han de ser jurídicamente concebidos como miembros (configurando esta afirmación en clave de derechos, no graciables, sino normativamente reconocidos y que conllevan obligaciones). De esta forma puede afirmarse que tales miembros están de acuerdo con el contrato social, es decir, que admiten en base a esa ficción común compartida la existencia de una autoridad, de unas normas y leyes, a las que se someten, y si no lo hacen entran en juego los mecanismos generales previstos por el ordenamiento al efecto. Solo así, en mi opinión, puede garantizarse la cohesión social.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

AJA, E. y DÍEZ, L.: *La regulación de la inmigración en Europa*, Obra Social de la Fundación «La Caixa», Colección Estudios Sociales, núm. 17, Barcelona, 2005.

AJA, E. *et al*.: Las *Comunidades Autónomas y la Inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

AJA, E. y ROIG. E.: «Immigració i autonomia», *El Clip*, núm. 8, 2000.

AÑÓN, M.J. (ed.): *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

AÑON, M.J. y MIRAVET, P.: «La Unión Europea y la integración social y política de los inmigrantes», *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 207, 2008, pp. 87-108.

(47) Esas exigencias añadidas vienen conectadas a la exclusión de los derechos vinculados a la ciudadanía de que son objeto los inmigrantes, como irónica y muy acertadamente mantiene DE LUCAS «¿Por qué deben demostrar que conocen la Constitución, y los ciudadanos no? ¿Acaso los ciudadanos portan consigo desde el nacimiento –antes– una carga genética relativa a la Constitución?». En nuestro modelo de gestión democrática de una sociedad plural, no podemos olvidar que los inmigrantes representan aquello que genuinamente constituye el contrato social, ya que nos han elegido como sociedad de destino, DE LUCAS, J.: «La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración», DE LUCAS, J. y DIEZ, L.: *La integración de los inmigrantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 11-43, en concreto p. 37.

APAP, J. y CARRERA, S.: *Towards a Proactive Immigration Policy for the EU?*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2003.

BAUBÖCK, R.: «Cómo transforma la inmigración a la ciudadanía: perspectivas internacionales, multinacionales y transnacionales», en AUBARELL, G. y ZAPATA, R. (eds.): *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Icaria. Antrazyt, IEMed, Barcelona, 2004, pp. 177-214.

– «Migración y Ciudadanía», *Zona abierta*, núm. 116-117, 2006, pp. 135-169.

BECK, U.: «Las raíces cosmopolitas de la democracia: el caso de la Unión Europea», *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 206, 2008, pp. 3-20.

BÖCKER, A.; HART, B. de y MICHALOWSKI, I. (eds.): *Migration and the Regulation of Social Integration*, IMIS Beiträge, núm. 24, 2004.

BOMMES, M.: «The shrinking inclusive capacity of the national welfare state. International migration and the deregulation of identity for- mation», *The Multicultural Challenge. Comparative Social Research*, núm. 22, 2003, pp. 43-67.

BONINO, C. *et al*.: *Los planes de las Comunidades Autónomas para la integración social de las personas inmigrantes*, Madrid, CC.OO., 2003.

BRUBAKER, R.: «The Return of Assimilation? Changing Perspectives on Immigration and its Sequels in France, Germany, and the United States», en JOPPKE, Ch. y MORAWSKA, E. (eds.): *Toward Assimilation and Citizenship. Immigrants in Liberal Nation-States*, Palgrave Macmillan, London, 2003, pp. 39-58.

BRUQUETAS, M.: «Los municipios grandes y medianos como actores clave de Las políticas de integración en los Países Bajos», VV.AA.: *Los gestores del proceso de inmigración. Actores y redes de actores en España y Europa*, Fundació CIDOB, Barcelona, 2008, pp. 67-91.

CACHÓN, L.: «La inmigración y el mercado de trabajo en la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 36, 2007, pp. 77-106.

– «La integración de y con los inmigrantes en España: debates teóricos, políticas y diversidad territorial», *Política y Sociedad*, 2008, vol. 45, núm. 1, pp. 205-235.

CARRERA, S.: «Programas de integración para inmigrantes: una perspectiva comparada en la Unión Europea», *Migraciones*, núm. 20, diciembre 2006, pp. 37-73.

– «Integration of Immigrants versus Social Inclusion: A Typology of Integration Programmes in the EU», en T. BALZACQ and S. CARRERA (eds.): *Security versus Freedom: A Challenge for Europe"s Future,* Ashgate Publishing, Aldershot, 2006, pp. 87-114.

CASTLES, S.: «Guestworkers in Europe: a Resurrection?», *Internacional Migration Review*, vol. 4, number 4, Winter 2006, pp. 741-766.

DE LUCAS, J.: *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Icaria.Antrazyt, Barcelona, 2003 a.

– «El objetivo de la integración en las políticas de inmigración», *Inmigración y Derecho*. Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2003 b, pp. 129-141.

– «Ciudadanía: la jaula de hierro para la integración de los inmigrantes», *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, en AUBARELL, G. y ZAPATA, R. (eds.): Icaria. Antrazyt, Barcelona, 2004, pp. 215-236.

– «La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración», DE LUCAS, J. y DIEZ, L.: *La integración de los inmigrantes*, Colección Foro, Inmigración y ciudadanía, núm. 7, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 11-43.

– «Cal y arena de la Unión Europea ante la inmigración», *Página abierta*, núm. 195, septiembre 2008 a.

– «Las globalizaciones y los derechos», *Enrahonar*, núm. 40/41, 2008 b, pp. 55-66.

DE LUCAS *et al.*: *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, Fundación BBVA, Madrid, 2008.

ENTZINGER, H.: «Changing the rules while the game is on; from multicultualism to assimilation in the Netherlands», en BODEMANN, M. and YURDAKUL, G. (eds.), *Migration, Citizenship, Ethnos: Incorporation Regimes in Germany, Western Europe and North America*, Palgrave MacMillan, New York, 2006, pp. 121-144.

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS: *Local integration policies for migrants in Europe,* Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2007.

FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES: *Informe sobre la situación de la integración social de los inmigrantes y refugiados en 2008*, aprobado en el pleno ordinario de 14 de octubre de 2008, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los Inmigrantes.

GARCÍA AÑÓN, J.: «Inmigración y derechos de ciudadanía: la integración de los inmigrantes en las políticas públicas locales y autonómicas», *Perspectivas de la inmigración en España. Una aproximación desde el territorio*, G. AUBARELL (dir.), Icaria. Antrazyt, Barcelona, 2003, pp. 349-392.

– «Políticas migratorias en la Unión Europea», *Globalización, migración y derechos humanos*, Programa andino de Derecho Humanos, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2004, pp. 61-82.

GUIRAUDON, V.: *Contratos de integración para inmigrantes: tendencias comunes y diferencias en la experiencia europea*, Área: Demografía, Población y Migraciones Internacionales, ARI núm. 43/2008, Real Instituto ElCano, Madrid, 2008.

HABERMAS, J.: *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2000.

HUMAN RIGHTS WATCH: *The Netherlands: Discrimination in the Name of Integration*, 15 de mayo de 2008, núm. 1, UNHCR Refworld, disponible en: *http://www.unhcr.org/refworld/docid/482d36732.html.*

IZQUIERDO, A. (dir.): *Demografía de los extranjeros. Incidencia en el crecimiento de la población*, Fundación BBVA, Madrid, 2006.

IZQUIERDO, A. y LEÓN, S.: «La inmigración hacia dentro: argumentos sobre la necesidad de coordinación de las políticas de inmigración en un Estado multinivel», *Política y Sociedad*, vol. 45, núm. 1, 2008, pp. 11-39.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «Estudio preliminar» en *Tratado de Lisboa*, edición preparada por J. Martín y Pérez de Nanclares y Mariola Urrea, Ed. Marcial Pons y Real Instituto ElCano, Madrid, 2008, pp. 1-33.

MARTINIELLO, M.: *Cómo combinar la integración y la diversidad: el desafío de una ciudadanía multicultural en la UE*, Ikuspegi. Observatorio Vasco de Inmigración, Informes 3, Gipuzkoa, 2007.

MICHALOWSKI, I.: «Modelos de acogida en Alemania, Francia y los Países Bajos: diseño y efectividad de los programas de acogida e integración», BILES, J.; MICHALOWSKI, I. y WINNEMORE, L.: *Políticas y modelos de acogida. Una mirada transatlántica: Canadá, Alemania, Francia y los Países Bajos*, Serie Migraciones, núm. 12, Fundació CIDOB, Barcelona, 2007, pp. 67-92.

MONTILLA, J.A. y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «Las normas generales del Estado», AJA, E.; ARANGO, J. y OLIVER, J. (eds.): *La inmigración en la encrucijada*, Anuario de la Inmigración en España, Edición 2008, Barcelona, 2008, pp. 175-188.

MONTILLA, J.A. y VIDAL M.C.: *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Foro, Inmigración y ciudadanía, núm. 15, Madrid, 2007.

NAÏR, S.: *Y vendrán... Las migraciones en tiempos hostiles*, Barcelona: Bronce-Planeta, 2006.

NIESSEN, J.; HUDDLESTON, TH.; CITRON, L; GEDDES, A. y JACOBS, D.: *Índice de Políticas de Integración de Inmigrantes*, Bristish Council, Strategic thinking on equality and mobility, Comunidad Europea Programa INTI, CIDOB, 2007.

OLESTI, A. (coord.) (2000): *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam*, Barcelona, Bosch.

ROIG, E.: «Autonomía e inmigración: competencias y participación de las comunidades autónomas y los entes locales en materia de inmigración», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 14, 2002, pp. 199-238.

SCHMIDT, D. (2004): «The New German Immigration Law», APAP, J. (ed.): *Justice and Home Affairs in the EU: Liberty and Security Issues after Enlargement*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, pp. 225-258.

SOLANES, A.: «Las políticas *holísticas* de integración de los inmigrantes: su dimensión jurídica», *Ponencia presentada en el IV congreso sobre la Inmigración en España: Ciudadanía e Inmigración*, Girona, 12 de noviembre de 2004.

– «Inmigración, Integración y Tercer Sector», *Revista española del tercer sector*, núm. 4, 2006, pp. 15-52.

– ¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España», *Migraciones Internacionales*, vol. 4, núm. 4, 2008 a, pp. 135-172.

– «La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año núm. 12, núm. 18, 2008 b, pp. 67-96.

WIHTOL DE WENDEN, C.: «Una historia de las periferias francesas», *Migraciones*, núm. 20, diciembre 2006, pp. 7-35.

– «Vers un big bang démographique?», en VIDARD, M.: *Abécédaire scientifique pour les curieux. Les têtes au carré*, Sciences Humanices Editions, Auxerre, 2008.

– «Démographie, Immigration, Intégration», *Questions d"Europe*, Fondation Robert Schuman, 13 de octubre de 2008.

III

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

Félix Vacas Fernández

Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad Carlos III de Madrid
(fvacas@der-pu.uc3m.es)

RESUMEN

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

La presencia a nivel constitucional del principio de reciprocidad como condición para el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros en las elecciones municipales en España aboca a la necesidad de adoptar tratados bilaterales con terceros Estados, lo que plantea problemas políticos, pero, sobre todo, técnico-jurídicos de muy difícil solución. De ahí que, si lo que se pretende es reconocer, de forma general y sin discriminación, el derecho de sufragio a todos los extranjeros residentes en España, la única solución jurídica posible pase por la supresión del principio de reciprocidad del artículo 13.2 de la Constitución.

ABSTRACT

THE RECIPROCITY PRINCIPLE AS CONDITION FOR THE RECOGNITION OF THE RIGHT OF SUFFRAGE TO FOREIGNERS IN THE MUNICIPAL ELECTIONS IN SPAIN AND ITS IMPLICATIONS ON INTERNATIONAL LAW

The presence of the reciprocity principle in the Spanish Constitution as condition for the recognition of the right of suffrage to foreigners in the municipal elections in Spain leads to the necessity to adopt bilateral agreements with third States, which creates political, but, mainly, technical-legal problems of very difficult solution. For that reason, if what is tried is to recognize, generally and without discrimination, the right of suffrage to all the resident foreigners in Spain, the only possible legal solution is the suppression of the reciprocity principle of article 13.2 of the Constitution.

Félix Vacas Fernández
III

SUMARIO

I. Consideraciones previas.

II. El principio de reciprocidad en su aplicación al derecho de sufragio de extranjeros en las elecciones municipales en España. A) Fundamento, concepto y alcance del principio de reciprocidad en Derecho Internacional Público. a) Fundamento del principio de reciprocidad. b) Concepto y alcance general del principio de reciprocidad. B) Consecuencias jurídicas derivadas de la exigencia constitucional de atender a criterios de reciprocidad para el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros en las elecciones municipales en España.

III. Acuerdos bilaterales en la materia adoptados por España.

IV. Consideraciones finales.

V. Bibliografía.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El anuncio por parte del Presidente del Gobierno en el verano de 2008 de iniciar el camino para reconocer el derecho de sufragio en las elecciones locales a los residentes extranjeros en España ha colocado en lo más alto de la agenda política una cuestión que, sin embargo, venía siendo objeto de iniciativas parlamentarias desde hacía ya varios años. Así, el Grupo parlamentario de Izquierda Verde presentó en octubre de 2005 una *Proposición de Ley Orgánica para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos extranjeros en España*[1], seguida, en febrero de 2006, de una *Proposición No de Ley para avanzar en el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos extranjeros en España*[2], ésta sí aprobada, tras su discusión y enmienda, por unanimidad en el Pleno del Congreso de los Diputados en marzo de 2006, al que le ha seguido una nueva *Proposición No de Ley* en julio de 2008 en el mismo sentido[3]. Propuestas todas ellas, es necesario subrayarlo desde el principio, dirigidas a reconocer dicho derecho de forma general a todos los inmigrantes en situación regular que lleven un determinado tiempo residiendo en España de forma continuada y sin distinción, por tanto, de su origen o nacionalidad.

En realidad, éste no es un debate que se esté planteando únicamente en España. Como señala Hervé ANDRÉS, «a comienzos del siglo XXI, la cuestión del derecho de voto de los extranjeros se halla en pleno debate en numerosos Estados del mundo»; entre los que, en efecto, como vemos cabe situar también a España. Porque, como «la cuestión de la inmigración ha surgido

(1) Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de octubre de 2005.

(2) Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 3 de febrero de 2006.

(3) Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 18 de julio de 2008.

en numerosos países, los debates políticos afectan a la vez a la necesidad de respetar los principios democráticos y los derechos humanos al mismo tiempo»[4]. En esta línea, a nivel europeo se adoptó en 1992 en el marco del Consejo de Europa la *Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local*[5], cuyo Capítulo C se dedica al «Derecho de voto en las elecciones locales», señalando en su artículo 6 lo siguiente:

> «1. Cada Estado parte se compromete, a reserva de las disposiciones del artículo 9, párrafo 1, a conceder el derecho de voto y de elegibilidad en las elecciones locales a todo residente extranjero siempre que cumplan las mismas condiciones que se aplican a los nacionales y, además, haya residido legal y habitualmente en el Estado afectado durante los últimos cinco años precedentes a las elecciones.
>
> 2. Un Estado parte puede declarar sin embargo, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que desea limitar la aplicación del párrafo 1 únicamente al derecho de voto».

Y es que, como recuerdan Eliseo AJA y Laura DÍEZ en relación a España, «hace unos años, *el debate* era importante –siempre lo son los que afectan a la democracia– pero resultaba esencialmente teórico; ahora, con más de dos millones de personas residentes en España, que provienen de países extracomunitarios, *adquiere tintes de gravedad y urgencia. La democracia no puede ignorar a dos millones de individuos que viven y trabajan con nosotros*»[6]. Ahora bien, como vamos a ver, el expresado deseo político de abordar la cuestión de forma general y sin discriminación se topa en este caso con determinados problemas jurídicos no fáciles de solucionar. Y es que, frente a los avances producidos en relación al reconocimiento de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales a los extranjeros, es en los derechos políticos, y en especial en el derecho de sufragio, donde su reconocimiento y ejercicio sigue anclado en un debate que nos retrotrae al pasado, cuando el Estado soberano únicamente reconocía esos derechos y su ejercicio a sus nacionales. A un pasado que, desafortunadamente en el caso de España, como trataré de explicar, sigue estando presente a nivel constitucional.

Y, sin embargo, como reflexionan AJA y DÍEZ: «En un momento en que todos los Estados occidentales se proclaman democracias, y que los derechos políticos (reunión, asociación, manifestación...) y, sobre todo, el derecho de voto, parecen propios de toda persona que forma parte de la sociedad, es difícil justificar la marginación de varios millones de trabajadores extranjeros que llevan muchos años viviendo en el país, respetando sus leyes y pagando sus impuestos»[7]. En efecto, no debemos olvidar que el origen del primer proceso histórico que acabará estableciendo la democracia representativa se inició en lo que, allá por el último tercio del siglo XVIII eran todavía las denominadas Trece Colonias, en América del Norte, al grito de Benjamin Franklin contra el absolutismo de un monarca de ultramar: «No taxation without representation».

(4) ANDRÉS, H.: «El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* núm. 10 (julio 2008), pp. 10 y 11.

(5) Ratificado únicamente por 8 Estados, entre los que no se encuentra España: Albania, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Italia, Noruega, Países Bajos y Suecia.

(6) AJA, E. y DÍEZ, L.: «La participación política de los inmigrantes», en *Puntos de Vista, Cuaderno del observatorio de las migraciones y de la Convivencia Intercultural de la Ciudad de Madrid*, núm. 2, julio de 2005, p. 7. Cursivas añadidas.

(7) Ibíd.

Y es que, como muy acertadamente plantea ANDRÉS: «En el fondo, tras la dialéctica nacionalidad/ciudadanía, está la cuestión de la relación entre democracia y soberanía. Efectivamente, el derecho de otro es una de las principales herramientas, instrumentales y simbólicas simultáneamente, de la democracia moderna. Y, al mismo tiempo, el sistema de soberanía conduce a trazar fundamentalmente una frontera entre nacionales y extranjeros. De esta forma los extranjeros se hallan en una situación paradójica. Situados en el territorio del Estado de residencia, están sometidos a la soberanía de un Estado en cuya legitimación (aunque sea simbólica) no participan. Así, el hecho de negar a los extranjeros el derecho de voto socava los fundamentos democráticos del régimen político. Pero la propuesta de concederles la igualdad de derechos con los nacionales se enfrenta a las tradiciones y a los fundamentos teóricos del principio de soberanía»[8].

En efecto, en el caso de España, como es sabido, el artículo 13 de la Constitución es el que regula a nivel constitucional la cuestión de los derechos y libertades de que gozan los extranjeros en España; *reconociendo, de manera general, su disfrute en el párrafo primero* en los términos que establezcan los tratados y las leyes*, pero limitándolo, en el párrafo segundo, en el caso del derecho de sufragio, del que sólo los españoles serán titulares, salvo en el caso de las elecciones municipales*, donde cabe, *atendiendo a criterios de reciprocidad*, establecerse el reconocimiento de ese derecho –tanto activo como pasivo– vía tratado o ley:

> «1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.
>
> 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23[9], salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales».

De ello se desprenden las siguientes consideraciones básicas: en primer lugar, y como regla general, los extranjeros en España son titulares de los mismos derechos y libertades que los nacionales, *sin exigencia de reciprocidad alguna* de parte de los Estados de los que son nacionales en relación a los españoles que residen en ellos. Como establece el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/1992 sobre la constitucionalidad de determinadas disposiciones del Tratado de la Unión Europea (TUE):

> «En efecto, no es el artículo 23 el precepto que en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales. En nuestra Constitución dicha norma, atinente a este requisito de la capacidad, no es el artículo 23, sino el *artículo 13, en cuyo primer párrafo se procede a extender a los extranjeros el ejercicio de todas las libertades públicas reconocidas en el Título I de la CE en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Esta extensión se ve exceptuada por la cláusula del artículo 13.2 que excluye de ella*

(8) ANDRÉS, H.: «*El derecho de voto de los extranjeros ...*», op. cit., p. 11.

(9) Por su parte, el artículo 23 de la Constitución dice así:

«1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes».

> *determinados derechos reconocidos en el artículo 23, restringidos, en consecuencia, únicamente a los españoles»*[10].

Por consiguiente, *el derecho de sufragio* es el único que escapa de la norma general, y ello en dos niveles bien diferenciados en atención al tipo de elecciones en las que dicho derecho puede ejercitarse, pudiendo catalogarse como *excepción a la regla general*, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. De un lado, el derecho de sufragio –activo y pasivo– no cabe ser reconocido a los extranjeros en ningún caso en las elecciones generales; para ello haría falta una reforma de la Constitución en ese sentido. De otro, el derecho de sufragio –activo y pasivo– puede ser reconocido a los extranjeros *en el caso de las elecciones municipales, pero sometido a la condición de «atender a criterios de reciprocidad» y a través bien de «tratados o de ley»*. Como ha dejado establecido el Tribunal Constitucional:

> «(...) sin perjuicio de la citada salvedad contenida en el artículo 13.2 en orden al sufragio activo en las elecciones municipales, y en virtud de estas reglas constitucionales no cabe, pues, ni por Tratado ni por Ley, atribuir el derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en cualquiera de los procedimientos electorales para la integración de órganos de los poderes públicos españoles.
>
> (...) la Constitución, en su artículo 13, ha introducido reglas imperativas e insoslayables para todos los poderes públicos españoles (artículo 9.1 de la Norma fundamental), en orden al reconocimiento de derechos constitucionales en favor de los no nacionales. Se cuenta entre tales reglas, según venimos recordando, la que reserva a los españoles la titularidad y el ejercicio de muy concretos derechos fundamentales, derechos –como el de sufragio pasivo que aquí importa– que no pueden ser atribuidos, ni por Ley, ni por Tratado, a quienes no tengan aquella condición; esto es, que sólo pueden ser conferidos a los extranjeros a través de la reforma de la Constitución»[11].

De acuerdo con todo ello, para analizar la cuestión del reconocimiento en España del derecho de sufragio a los extranjeros en las elecciones municipales –desde la reforma del artículo 13.2, constitucionalmente ya es irrelevante si activo únicamente o también pasivo, como se sabe–, será necesario abordarla desde la *perspectiva internacional*, puesto que así se desprende, indefectiblemente y mientras exista, de la mención de la «reciprocidad» como condición de su reconocimiento. De ahí que, de un lado, haya que analizar el *principio de reciprocidad*, su fundamento, concepto y alcance en Derecho Internacional; y, de otro, y como consecuencia de la aplicación de dicho principio, la perspectiva internacional vuelve a aparecer en relación a la forma a través de la cual el artículo 13.2 prevé el establecimiento del reconocimiento de dicho derecho: los *tratados internacionales*. Si bien, hay que notar que no es la única vía prevista para hacerlo, pues cabe también hacerlo por Ley, esto es, por un acto normativo puramente interno. A ambas cuestiones, y desde una perspectiva necesariamente situada en el Derecho Internacional, dedicamos el presente estudio.

(10) Declaración 1/1992, de 1 de julio de 1992, del Tribunal Constitucional *sobre la constitucionalidad de determinadas disposiciones del Tratado de la Unión Europea*, Fundamento Jurídico núm. 3. Cursivas añadidas.

(11) Ibíd. Fundamento Jurídico núms. 3 y 5, respectivamente. Motivo por el cual fue necesario proceder a la reforma del artículo 13.2 y añadir las palabras «y pasivo» en él.

II. EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD EN SU APLICACIÓN AL DERECHO DE SUFRAGIO DE EXTRANJEROS EN LAS ELECCIONES MUNICIPALES EN ESPAÑA

Para abordar la cuestión de determinar, en la medida de lo posible, las exigencias que se derivan de la mención de la reciprocidad como condición de reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros residentes en España para las elecciones municipales, en primer lugar, hay que hacer referencia a su fundamento y concepto generales; para, en segundo lugar, centrarnos en las consecuencias concretas que de ello se derivan para el tema que nos ocupa y las opciones posibles que, a partir de ahí, se pueden plantear.

A) Fundamento, concepto y alcance del principio de reciprocidad en Derecho Internacional Público

En lo que sigue trataré de explicar el fundamento profundo de la reciprocidad en la Sociedad internacional y el Derecho que la rige, así como su concepto y alcance generales cuando éste es utilizado.

a) Fundamento del principio de reciprocidad

El principio de reciprocidad es uno de los principios básicos que informan las relaciones entre los Estados en la Sociedad internacional. En realidad, se trata de un mecanismo básico de regulación de las relaciones en cualquier sociedad y, en consecuencia, funciona como principio guía de éstas. Si bien, debemos añadir inmediatamente que cuanto menos institucionalizada se encuentra dicha sociedad mayor será la importancia de este principio como guía de las relaciones de los sujetos que actúan en ella, y a la inversa. De ahí que en las sociedades internas organizadas en Estados de Derecho la importancia de la reciprocidad sea menor, puesto que su función ha sido asumida por el Estado mismo a través de la institucionalización y centralización de la producción normativa, de un lado, y de los mecanismos de aplicación del Derecho, de otro. Como explica Bruno SIMMA: «Reciprocity is a basic phenomenon of social interaction and consequently a guiding principle behind the growth an application of law. In highly developed domestic legal systems the idea of reciprocity has to a large extent been absorbed and supplanted by specific norms and institutions. (...) The lower the degree of institutionalization of a legal system, however, the more mechanisms of direct reciprocity prevail as such»[12].

En efecto, es en la Sociedad internacional, donde precisamente la existencia de los Estados soberanos –en el sentido wesfaliano de no reconocer poder superior- ha impedido desde 1648 –cuando a través de los tratados que conforman la Paz de Wesfalia, Tratados de Münster y Osnabrück, se juridifica la noción de soberanía a nivel internacional– y hasta hoy la centralización de los mecanismos de producción normativa y de aplicación del Derecho Internacional, donde el principio de reciprocidad sigue jugando un importantísimo papel. Y ello, repito, a pesar de la evolución que ha venido experimentando la Sociedad internacional y el Derecho que la rige, en especial a partir de 1945 con la creación de Naciones Unidas; porque en esencia los Estados siguen apareciendo hoy, igual que ayer, como los sujetos principales de dicha socie-

(12) SIMMA, B.: «Reciprocity», *Encyclopaedia of Public International Law*, 1984, p. 29.

dad, y siguen configurándose como entes soberanos, soberanía que sigue siendo el cimiento de toda la estructura de la Sociedad y del Derecho internacionales[13].

Es verdad que, con la creación de Naciones Unidas, se produce un cambio de paradigma que hace incluso que debamos hablar de un Derecho Internacional clásico, hasta ese momento, y de un Derecho Internacional contemporáneo, a partir de entonces –con unas décadas de transición en el periodo de entreguerras–; en el que su «humanización» no es uno de los elementos menores del cambio, con la *aparición de la persona* ya no sólo como configurador del elemento población del Estado, sino *como sujeto titular de derechos y obligaciones independientemente del Estado del que es nacional o donde se encuentre, e incluso frente a él*. Como explica José Antonio PASTOR RIDRUEJO: «La sociedad internacional que comenzó a configurarse tras 1945 postula, por el contrario, una concepción distinta del Derecho Internacional. Es la concepción del Derecho Internacional contemporáneo, que sería un ordenamiento jurídico de carácter social, institucionalizado y democrático. El Derecho Internacional contemporáneo tendría un acusado carácter humanista y social. Se interesa así por lo pronto de la protección de los derechos fundamentales del hombre»[14]. Por su parte, Manuel DÍEZ DE VELASCO, más concretamente sobre el tema que nos ocupa, subrayará lo siguiente: «En lo que se refiere a los derechos individuales de los extranjeros, *la fuerte emergencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha provocado que se intente superar la dicotomía nacional-extranjero al considerarse* que los derechos que les amparan *tienen su base*, en *unos y otros, en la condición humana*, y, por tanto, deben ser iguales»[15].

Pero, repito, este proceso, aún en desarrollo, no ha modificado, todavía, la esencia de la estructura de la Sociedad y el Derecho Internacionales porque su fundamento básico sigue siendo el mismo: el Estado soberano[16]. Como describe REUTER, «la Comunidad internacional está en mutación y sus estructuras no son ni homogéneas ni estables, (...) distinguiendo en esta Comunidad diversas estructuras. Una, que está todavía en la base de las relaciones internacionales, hace de la Comunidad una *yuxtaposición de Estados soberanos*. Las otras dos estructuras, hoy apenas esbozadas, introducen ciertas modificaciones en la estructura de base: la primera se caracteriza por el reconocimiento de *intereses comunes* a todos los Estados; la segunda tiende a crear *órganos propios* de la Comunidad internacional»[17].

b) Concepto y alcance general del principio de reciprocidad

Desde un punto de vista objetivo, SIMMA define reciprocidad como «the relationship between two or more states according each other identical or equivalent treatment»[18]. Ello hace que el

(13) Vid., sobre esta cuestión VACAS FERNÁNDEZ, F.: *El principio de no intervención y las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas. Un estudio sobre el consentimiento del Estado anfitrión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; en especial, el epígrafe «el principio de la soberanía de los Estados como fundamento de los límites jurídicos impuestos por la Carta a la actuación de Naciones Unidas», pp. 49-64.

(14) PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 12.ª ed., Tecnos, Madrid, p. 61.

(15) DÍEZ DE VELASCO, M.,: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16.ª ed., 2007, p. 612. Cursivas añadidas.

(16) Vid., VACAS FERNÁNDEZ, F.: *La responsabilidad internacional de Naciones Unidas: fundamento y principales problemas de su puesta en práctica*, Dykinson, Madrid, 2002; en especial, pp. 28-57.

(17) REUTER, P.: *Derecho Internacional Público*, trad. José Puente Egido, Bosch, Barcelona, 1987, p. 17. Cursivas añadidas.

(18) SIMMA, B.: «*Reciprocity ...*», op. cit., p. 30.

principio de reciprocidad tenga un papel importante que jugar tanto en el ámbito de la creación normativa como en el de la observancia y aplicación del Derecho Internacional.

Así, por lo que hace al ámbito de la *generación de normas*, aunque la reciprocidad también juega un papel relevante en el proceso consuetudinario, es en el ámbito de los tratados, del derecho convencional, donde alcanza sus efectos más profundos y genuinos. Y es que, en puridad formal, la reciprocidad forma parte de la esencia misma del principio *pacta sunt servanda*. Desde esta perspectiva genérica, la reciprocidad se encuentra detrás de todos los tratados internacionales, puesto que suponen un mutuo intercambio y reconocimiento de derechos y obligaciones recíprocas, un *quid pro quo* que establece las normas de comportamiento futuro de los Estados parte en cada tratado en el ámbito material de su alcance. Como afirma SIMMA: «It is on treaties, however, that reciprocity produces its most profound effect. From a purely formal point of view, reciprocity governs every international agreement, independently of its content, and consequently underlies the rules concerning the conclusion and entry into force of treaties, and their application, termination, amendment and modification. (...) The constructive force of reciprocity is at work behind all international treaties concluded freely on the basis of sovereign equality, whether they embody a mutual exchange of benefits or set down uniform rules for future behaviour»[19].

Desde una perspectiva más específica, y dentro ya de la *observancia del Derecho Internacional, la reciprocidad es utilizada por los Estados*, en especial en algunos ámbitos materiales de relación mutua, *como la condición indispensable de la aplicación de la norma*. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del Derecho diplomático y consular –reconocimiento de privilegios e inmunidades–, o del Derecho Internacional Económico –cláusulas de nación más favorecida o del trato nacional, etc.–, y también, por supuesto en el Derecho Internacional de Extranjería, que es el que aquí nos ocupa. Como explica DÍEZ DE VELASCO: «La filosofía que inspira a muchos de los referidos tratados es la de conseguir una equiparación en el trato de nacionales y extranjeros. (...) cada día se extiende más en los tratados sobre la materia la "cláusula de reciprocidad", que significa el hacer depender el goce de determinados derechos de los extranjeros en un Estado del hecho de que a los nacionales del mismo se les otorguen los mismos derechos en el Estado del que son súbditos los referidos extranjeros»[20].

En relación a ello, las cláusulas de reciprocidad incluidas en tratados internacionales pueden tener un doble alcance: bien se pueden utilizar con un *sentido genérico y amplio de establecer y reconocerse mutuamente ventajas* –a sus representantes o a sus nacionales, empresas o individuos–, cuyo grado exacto de reciprocidad derivará de la aplicación misma del tratado. O bien, dichas cláusulas pueden servir como *la exacta medida de la aplicación mutua de las disposiciones acordadas en el tratado*. En cualquier caso, *el principio de reciprocidad exige un reconocimiento mutuo de ventajas o derechos esencialmente equivalentes, ya sea como principio general de comportamiento, ya en cada caso concreto*.

Para algunos autores, sin embargo, *la reciprocidad no se encontraría detrás de la fundamentación*, al menos no en un primer nivel, *de los tratados relativos a derechos humanos*; precisamente porque aquí aparecería un *nuevo y distinto sujeto de Derecho Internacional*, que no es el Estado mismo, sino *la persona como titular de esos derechos*. Como sostiene Lea BRILMAYER:

(19) Ibíd.

(20) DÍEZ DE VELASCO, M.: «*Instituciones de Derecho Internacional...*», op. cit., p. 615.

«What is not sufficiently appreciated, however, is the degree to which international human rights agreements depart from the traditional treaty form. (...). *International treaties, traditionally*, took a form analogous to private law contracts: *an exchange of commitments to the reciprocal advantage of the signing parties*. (...). This exchange model of treaty relationship, however, is not well suited to human rights agreements. *Human rights treaties protect not the reciprocal interests of other signatory states, but* (more importantly) *the rights of non-parties (the individual rights holders*). (...). *Human rights and humanitarian law agreements are not reciprocal exchanges of conditional promises but parallel and independent commitments to respect pre-existing moral norms*»[21].

Y es que, como he indicado ya, en el Derecho Internacional clásico, los individuos no eran sino «objetos» de las relaciones entre Estados –únicos sujetos en ese momento del Derecho Internacional– al no ser más que el elemento población de cada Estado[22]; de ahí que el titular de los derechos en relación a sus nacionales fuese el Estado frente a los demás Estados y que fuese él y sólo él el que podía conceder, y solicitar, un trato recíproco para sus nacionales, no porque fuese consecuencia de derechos de esas personas –que no poseían como tales, como sabemos–, sino porque era, y es, derecho de todo Estado soberano velar por todos los elementos que lo conforman: por su territorio y por su población[23].

Esta lógica que, como vemos, es la que *se encuentra detrás* –siempre y también en el caso que nos ocupa– *cada vez que se condiciona a la reciprocidad el reconocimiento de una determinada ventaja o mejora en el trato* –pues la reciprocidad remite siempre a una relación Estado a Estado, como hemos visto–, se rompe si el derecho no se predica del Estado sino de los individuos, de las personas en sí mismas, con independencia de su nacionalidad y por el mero hecho de ser personas. Entonces, el derecho no es del Estado, sino de las personas mismas, independientemente de su nacionalidad.

Pues bien, en todos, en principio, los derechos humanos por lo general los Estados han reconocido la titularidad única y sin condiciones del ser humano que, por eso mismo, supone límites a los Estados en su trato hacia las personas[24], y ello independientemente de su nacionalidad –al menos, en lo que al estándar mínimo internacional respecta, en todos los casos, y en lo que deriva de los Tratados de Derechos Humanos para los Estados a los que les son aplicables–.

(21) BRILMAYER, L.: «From "contract" to "Pledge": The Structure of Human Rights Agreements», 77 *British Yearbook of International Law* 163 (2006), pp. 164 y 165. Cursivas añadidas.

(22) Como explica Fernando MARIÑO MENÉNDEZ, «Existe un Estado en el sentido del Derecho Internacional cuando sobre una parte habitada de la superficie terrestre se organiza un gobierno efectivo y estable que es independiente de todo poder exterior o interior. Dicho de otra manera, el Derecho Internacional exige para que se forme un Estado como sujeto de dicho ordenamiento jurídico que el ente posea territorio y población propios y que esté dotado de un gobierno independiente». MARIÑO MENÉNDEZ, F.: *Derecho Internacional Público*, 4.ª ed., Trotta, Madrid, 2005, p. 100.

(23) Éste es el fundamento, por ejemplo, de la protección diplomática. Como explica DÍEZ DE VELASCO, «(m)ediante la protección diplomática el *estado ejercita un derecho propio* y no un derecho del ciudadano nacional suyo». DÍEZ DE VELASCO, M.: «*Instituciones de Derecho Internacional...*», op. cit., p. 897.

(24) En relación a los derechos humanos como límites al poder vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995 y DE ASÍS ROIG, R.: *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000.

En todos menos en el caso de algunos derechos políticos, especialmente el derecho de sufragio, que se suele predicar todavía únicamente de los nacionales; si bien, en algunos casos –elecciones municipales, básicamente– se prevé el reconocimiento también a los extranjeros, sin condicionar, en ocasiones, o condicionado al principio de reciprocidad, en otras, como ocurre en España. Y es que, como contesta ANDRÉS, la «tendencia global se dirige hacia el reconocimiento de ciertos derechos políticos a los extranjeros (...), alrededor de un tercio de los Estados del mundo no limitan el derecho de voto exclusivamente a sus nacionales y lo abren, al menos para ciertas categorías de extranjeros y/o para ciertas elecciones. (...) puede estimarse que alrededor de un país "democrático" sobre dos practica el derecho de voto de los extranjeros. Ello implica un firme desmentido a las representaciones más corrientes, según las cuales el derecho de voto de los extranjeros sería una práctica excepcional»[25]. Frente a ello, España, sin embargo, como estamos viendo, se encuentra apartada de esta tendencia, anclada en el concepto wesfaliano de Estado soberano al que condena el principio de reciprocidad contenido en el artículo 13.2 de su Constitución.

En definitiva, al supeditar el reconocimiento de este derecho al principio de reciprocidad es como si en relación a estos derechos, de naturaleza política, los Estados recuperasen su posición soberana, puesto que son derechos que afectan directamente a su soberanía, y las personas volviesen a ser consideradas únicamente como objetos, como el elemento población del Estado; de ahí que únicamente en un entendimiento mutuo entre Estados, y en aplicación del principio de reciprocidad, quepa reconocerles estos derechos a los nacionales de otros Estados, reduciendolos así al mero elemento población de éstos. Como concluye ANDRÉS, «podemos afirmar que en esta materia el derecho está atravesando por una contradicción fundamental. En un sentido, se camina hacia la apertura, en coherencia con la adaptación del mundo democrático postmoderno a las migraciones y a la mundialización. Pero, al mismo tiempo, resiste el principio arcaico, ligado al modelo soberanista, y construye un límite en la perspectiva de apertura y democratización»[26].

Esta es la razón de fondo que hace que en nuestra Constitución toda persona, independientemente de su nacionalidad, tenga derecho a la vida, a la integridad física, a la tutela judicial efectiva, a la educación o la sanidad, etc., sin estar condicionado el reconocimiento de ninguno de estos derechos ni su ejercicio a la reciprocidad, puesto que *son derechos del ser humano como sujeto titular* de ellos más allá de ser el elemento población del Estado del que son nacionales. Ésta es la razón, en fin, de que no quepa, de ningún modo, que un extranjero tenga derecho de sufragio activo o pasivo en las elecciones generales, y sólo lo pueda tener en las municipales condicionado a la reciprocidad.

B) Consecuencias jurídicas derivadas de la exigencia constitucional de atender a criterios de reciprocidad para el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros en las elecciones municipales en España

Si se considera estrictamente, *la aplicación del principio de reciprocidad como condición para el reconocimiento del derecho de sufragio a extranjeros en las elecciones municipales conduce a*

(25) ANDRÉS, H.: «*El derecho de voto de los extranjeros ...*», op. cit., p. 25.

(26) Ibíd, p. 42.

la necesidad de negociar tratados con todos y cada uno de los Estados con extranjeros residentes en España, si lo que se pretende es generalizar el derecho de sufragio a todos los extranjeros en este tipo de elecciones.

Como es evidente, ello abocaría desde la perspectiva internacional, en primer lugar, a un largo y complejo proceso negociador con cada Estado que, por lo demás, debería probablemente afrontar *problemas políticos*, en ocasiones de nada fácil solución y, lo que es peor, algunos problemas técnico-jurídicos de prácticamente imposible solución. En efecto, desde la perspectiva puramente política, a lo largo del propio proceso negociador bilateral pueden surgir problemas, por ejemplo, cuando el otro Estado no quiera negociar esta cuestión o pretenda obtener otro tipo de ventajas. Y ello independientemente de que los principales beneficiarios sean sus propios nacionales, como es el caso –como desgraciadamente ya hemos experimentado en procesos parecidos, sobre todo, con algunos Estados africanos en la negociación y aplicación de tratados bilaterales en materia migratoria[27]–.

Pero mucha mayor complejidad presentan los *problemas técnico-jurídicos* que se pueden plantear, porque todo dependerá de la regulación constitucional propia de cada Estado. Y aquí la casuística es muy amplia: Estados que sí tienen prevista esta posibilidad, otros que ni la contemplan –por lo que podría interpretarse que no está ni permitida ni prohibida–, otros que no la permiten en ningún caso. Y, en fin, otros donde el concepto «elecciones municipales» es de difícil aplicación analógica o donde para poder participar en procesos similares se exigen condiciones adicionales –que no tienen que ver con la nacionalidad– para el ejercicio del derecho de sufragio activo, y no digamos ya para el pasivo (pensemos en Estados totalitarios y/o con tradiciones jurídicas muy diferentes: China, Cuba, Estados árabes...).

Y es que, en el fondo de todo ello existen dos niveles de problemas, o de incoherencias, de solución difícil, en un caso, imposible, en el otro: en primer lugar, una incoherencia de fondo que deriva de que el principio de reciprocidad se aplica a las relaciones de Estado a Estado, mientras que aquí aparece un tercero, las personas, que en Derecho Internacional contemporáneo son sujetos titulares de derechos independientemente de su nacionalidad; aunque no, al menos no todavía y no en el caso concreto de la Constitución española, en relación al derecho de sufragio.

Pero, y en segundo lugar, una incoherencia entre la voluntad política anunciada tanto por el Presidente del Gobierno como por los representantes de la voluntad popular de los españoles en el Congreso de los Diputados, de España, en fin, de adoptar una medida general –reconocer el derecho de sufragio en las elecciones municipales *a todos los extranjeros* residentes regulares en España– y el que su puesta en práctica se haga depender, a nivel constitucional español, del principio de reciprocidad que, por su propia naturaleza, como hemos visto, aboca necesariamente al caso por caso, a negociaciones bilaterales, de un lado, y, de otro, a que el desarrollo legal de la medida en España obligue a estar supeditado a la regulación establecida en el ordenamiento jurídico interno de los demás Estados, lo cual es mucho más grave si cabe, porque se escapa a la soberanía de España y por consiguiente a su voluntad.

(27) Vid., VACAS FERNÁNDEZ, F.: *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios. Contexto, Marco Jurídico y Contenido*, Dykinson, Madrid, 2007.

III. ACUERDOS BILATERALES EN LA MATERIA ADOPTADOS POR ESPAÑA

Sea como fuere, la presencia del principio de reciprocidad en el artículo 13.2 de la Constitución como condición para el reconocimiento del derecho de sufragio en las elecciones municipales a extranjeros en España exige cumplir dicha condición, como también se establece en el mismo artículo, «por tratado o ley». Pues bien, dejando para más adelante la reflexión en torno a esta segunda opción –que, en mi opinión, en modo alguno puede ser considerada residual o inexistente, como en ocasiones parece– y más allá de los ciudadanos europeos –según el concepto establecido en el TUE como nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea–, cuestión ya solucionada en el nivel municipal, como se sabe; el desarrollo previsto vía tratados en el artículo 13.2 de la Constitución sólo se ha completado en un caso –Noruega– y se ha iniciado, pero, en principio, no completado, en otros cinco –Argentina, Venezuela, Chile, Uruguay y Colombia–.

En el primer caso, existe un Canje de Cartas, constitutivo de un Acuerdo entre España y Noruega, de 6 de febrero de 1990, sobre el *reconocimiento del derecho a votar en elecciones municipales a los nacionales noruegos en España y a los españoles en Noruega*, que contiene un anexo con las *Condiciones para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones municipales españolas por parte de los ciudadanos noruegos*[28]. Se trata, en efecto, del primer, y hasta hoy, único tratado internacional bilateral vigente adoptado por España en el que se reconoce y regulan las condiciones de ejercicio del derecho de sufragio activo de nacionales de un Estado no miembro de la Unión Europea.

Desde una perspectiva formal estamos ante un tratado bilateral con un doble contenido: de un lado, reconoce el derecho de sufragio activo en las elecciones locales de España a los ciudadanos noruegos –seguidamente nos referiremos al voto de los españoles en Noruega– y, de otro, establece, en un anexo, las condiciones de su ejercicio. Dichas condiciones, sencillas y las mínimas imprescindibles, son las siguientes:

> «1. Los ciudadanos noruegos sólo podrán ejercer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.
>
> 2. Deberán estar en posesión del correspondiente permiso de residencia en España.
>
> 3. Deberán haber residido en España, legal e ininterrumpidamente, más de tres años.
>
> 4. Deberán estar domiciliados en el municipio en el que les corresponda votar y figurar inscritos en su Padrón Municipal.
>
> 5. La inscripción en las listas electorales de extranjeros residentes en España, requisito indispensable para poder ejercer el derecho de sufragio, se hará siempre a instancias de parte. Esta instancia se presentará en el Ayuntamiento, en cuyo Padrón Municipal figurase inscrito. El plazo de presentación se fijará para cada elección.
>
> 6. Las listas electorales de ciudadanos noruegos residentes en España se elaborarán únicamente con ocasión de tales elecciones»[29].

(28) BOE núm. 153, de 27 de junio de 1991.

(29) *Canje de cartas constitutivo de Acuerdo entre España y Noruega, reconociendo el derecho a votar en las elecciones municipales a los noruegos en España y a los españoles en Noruega*, Madrid, 6 de febrero de 1990, anexo.

Por otra parte, y desde la perspectiva constitucional española, se trata de un tratado al que España otorgó el consentimiento en obligarse de acuerdo con el artículo 94.1; esto es, «previa autorización de las Cortes Generales» para su otorgamiento. Cuestión a la que se hace implícita referencia en el tratado con la cláusula tipo siguiente: «Este Acuerdo entrará en vigor el primer día del mes siguiente a aquel en que las Partes se hayan informado recíprocamente, por vía diplomática, del *cumplimiento de los requisitos constitucionales para la entrada en vigor del mismo*»[30]. Y es que, estamos ante el supuesto c) del artículo indicado: «tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I».

Finalmente, pero no por ello menos interesante, en este caso concreto se trata, curiosamente, de la aplicación del principio de reciprocidad *a posteriori* y por parte de España a solicitud de Noruega, donde «de acuerdo con la legislación noruega en vigor, los ciudadanos españoles tienen derecho a voto en las elecciones municipales»; por lo que, «y en aplicación del principio de reciprocidad, el Gobierno noruego solicita que, de acuerdo con la legislación vigente en España y en las condiciones recogidas anejas a este Acuerdo, los ciudadanos noruegos tengan el derecho de voto en las elecciones municipales españolas»[31].

Supuesto de hecho interesante porque viene a responder, creo, a la duda que se plantea sobre el sentido de la expresión «o ley» del artículo 13.2 de la Constitución española. Y es que, en el supuesto que los ciudadanos españoles residentes en uno o varios Estados extranjeros tengan reconocido, por sus respectivos ordenamientos jurídicos, el derecho de sufragio en las elecciones municipales –como hemos visto es el caso de Noruega–, la condición exigida por el artículo 13.2 para reconocer a sus nacionales ese mismo derecho en España «atendiendo a criterios de reciprocidad» se cumple del lado de esos Estados –de Noruega en nuestro caso–, por lo que sería suficiente del lado de España regular en la Ley española –precisamente «atendiendo a criterios de reciprocidad» por el Estado que todavía no lo ha reconocido, España, como hemos visto solicita Noruega– dicho reconocimiento y ejercicio en relación a los nacionales de aquellos Estados.

Sin embargo, no ha sido ésta la vía utilizada en este primer, y hasta el momento único, caso resuelto con el reconocimiento recíproco del derecho de voto en las elecciones municipales: se ha preferido la solución *ad hoc* vía tratado con un anexo que regula en ese caso concreto las condiciones de su ejercicio, como hemos visto, a la solución, en mi opinión, también posible –pues lo permite el artículo 13.2 de la Constitución al referirse *alternativamente* al tratado o la ley como vías de reconocimiento del derecho que nos ocupa (porque si no esa «o» entre tratado y ley no tendría sentido)–, de regular de manera general vía ley –la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG)– el reconocimiento del derecho y la fijación de las condiciones de su ejercicio para aquellos casos en los que se cumpla la condición exigida en el artículo 13.2 relativa a la reciprocidad.

(30) Cursivas añadidas.

(31) Ibíd.

En los demás casos, en el marco de un Tratado de Cooperación y Amistad bilateral, España y Argentina[32], Venezuela[33], Chile[34], Uruguay[35] y Colombia[36], respectivamente, incluyen en la parte relativa a la *cooperación consular* –como se ve, coherentemente con el origen y fundamento del principio que nos ocupa–, un artículo en el que, tomando el ejemplo del Tratado con Uruguay:

> «Los ciudadanos españoles y uruguayos *podrán votar en las elecciones municipales del Estado en que residen y del que no son nacionales, con sujeción a lo dispuesto en la legislación de dicho Estado. A tal efecto, ambas Partes establecerán un acuerdo complementario para el ejercicio del mencionado derecho de voto*»[37].

Disposiciones similares se contienen en los demás Tratados, salvo en el de Chile, que es el único que no supedita a un acuerdo complementario posterior la concesión de tal derecho, sino que únicamente hace depender su ejercicio de lo establecido en sus respectivas legislaciones. El artículo 17 del Tratado General de Cooperación y Amistad entre Chile y España dice así:

> «Se concederá a los nacionales de ambos países el derecho de voto en las elecciones municipales del Estado en que residan y del que no sean nacionales, de conformidad con sus respectivas legislaciones».

De todo ello se desprende, de un lado, que el derecho de sufragio que se recoge es únicamente el activo, nunca el pasivo; si bien, en la Constitución española, tras la reforma del artículo 13.2, como sabemos, no habría problema jurídico alguno para reconocer también el derecho de sufragio pasivo, siempre, claro, que existiese reciprocidad. Y, de otro, que la técnica elegida es la de un acuerdo *ad hoc*, que puede ser anejo o complementario a los Tratados de Amistad y Cooperación, que regule las condiciones básicas de ejercicio de tal derecho en España; siguiendo así la vía –que no práctica todavía, pues es un único caso, como hemos visto– utilizada en el caso de Noruega; si bien, separando el reconocimiento del derecho de sufragio y la regulación de las condiciones de su ejercicio, en dos tratados distintos.

Sin embargo, resulta interesante señalar que en el caso de Chile dicho acuerdo complementario no está previsto y se sustituye por la mera remisión a la aplicación de la legislación interna en la materia, que sería, a mi modo de ver, suficiente en la línea de cumplir con la exigencia genérica de reciprocidad, como he defendido al interpretar la expresión «o ley» del artículo 13.2 de la Constitución y siempre, claro está, que en la ley –en nuestro caso la LOREG– se regulen las condiciones de su ejercicio, que, por lo demás, son muy básicas, como hemos visto en el caso de Noruega.

(32) Artículo 9 del *Tratado General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la Republica Argentina*, de 3 de junio de 1988, publicado en el BOE núm. 205 de 28 de agosto de 1989.

(33) Artículo 11 del *Tratado General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República de Venezuela*, de 7 de junio de 1990, publicado en el BOE núm. 170 de 16 de julio de 1992.

(34) Artículo 17 del *Tratado General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República de Chile*, de 19 de octubre de 1990, publicado en el BOE núm. 223 de 17 de septiembre de 1991.

(35) Artículo 15 del *Tratado General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay*, de 23 de julio de 1992, publicado en el BOE núm. 131 de 2 de junio de 1994.

(36) Artículo 13 del *Tratado General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República de Colombia*, de 29 de octubre de 1992, publicado en el BOE núm. 182 de 1 de agosto de 1995.

(37) Artículo 15. Cursivas añadidas.

De todos modos, ambas opciones creo que serían posibles y no deberían plantear el menor problema porque, como se desprende del Anexo del Acuerdo con Noruega, en él básicamente se reitera la legislación interna española; mientras que para el caso de los españoles en Noruega no es siquiera necesario, porque ya gozaban de ese derecho unilateralmente concedido por Noruega. Y, además, la muy incipiente práctica española en la materia, amén de escasa, no es unívoca. Ahora bien, lo que sí resultaría necesario en cualquier caso es, al menos, la inclusión en un tratado bilateral de una cláusula como la del Tratado con Chile de reconocimiento del derecho; a no ser, como en el caso de Noruega de nuevo, que los españoles ya tengan reconocido en ese país el derecho de voto, por lo que la condición de reciprocidad exigida por el artículo 13.2 de la Constitución ya se cumpliría, y cabría, en consecuencia, utilizar la vía prevista, reitero, *alternativamente* al tratado, en el mismo artículo 13.2: «o ley».

Dicho esto, conviene, siquiera brevemente, hacer referencia al *procedimiento constitucional adecuado para otorgar el consentimiento en obligarse por España en este tipo de Tratados*, porque, como hemos visto para el caso de Noruega, el tratado en que se reconozca el derecho de sufragio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 94.1.c) de la Constitución requerirá «la previa autorización de las Cortes Generales» para la prestación de dicho consentimiento al afectar a «los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I». Ahora bien, dicha exigencia constitucional quedaría cubierta, en los casos en que se elija la vía de dos tratados, con la tramitación del primero, el que reconoce el derecho de sufragio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 94.1.c); por lo que, en relación al segundo tratado, donde se fijarían las condiciones de ejercicio del derecho ya reconocido, si fuese necesario, bastaría con seguir lo establecido en el artículo 94.2 de la Constitución: información inmediata al Congreso y Senado.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La posibilidad que, como hemos visto, abre la expresión «o ley» del artículo 13.2 de la Constitución, si es que queremos que esa «o» signifique algo, no sólo en relación a la regulación de las condiciones del ejercicio del derecho de sufragio, sino incluso del reconocimiento mismo de ese derecho, en modo alguno resuelve la dificultad jurídica que introduce este mismo artículo al condicionar el reconocimiento de dicho derecho «a criterios de reciprocidad». Como hemos visto, sólo en los casos en que unilateralmente, vía su propio ordenamiento jurídico, otros Estados reconozcan ese derecho a españoles residentes en sus países, se puede defender que, por la misma vía –esto es, unilateralmente, reconociéndolo en su ordenamiento jurídico interno vía ley–, España podría hacer lo mismo «atendiendo a (los) criterios de reciprocidad» exigidos.

Pero ello no soluciona la cuestión para los nacionales de Estados, la inmensa mayoría, cuyo ordenamiento jurídico interno no reconoce a los extranjeros residentes en sus países el derecho de sufragio en elecciones locales. Para estos casos la presencia del principio de reciprocidad en el artículo 13.2 de la Constitución española avoca a la necesidad de adoptar –y antes negociar, claro– tratados bilaterales en los que, al menos, se reconozca recíprocamente ese derecho y/o, junto a ello, las condiciones de su ejercicio. Ello plantea, como hemos visto, problemas políticos importantes ciertamente; pero, sobre todo, técnico-jurídicos de difícil, por no decir imposible, solución en muchos casos. De ahí que, *si lo que se pretende es reconocer de forma general* –en el plano de los derechos humanos, por consiguiente, y no de la protección

por el Estado de uno de sus componentes, la población– *y sin discriminación, el derecho de sufragio a todos los extranjeros residentes en España*, las *posibles soluciones* a los problemas planteados por la existencia del principio de reciprocidad en el artículo 13.2 de la Constitución pasan, en principio, por alguna de las siguientes, en orden de menor a mayor intervención en el texto constitucional.

En primer lugar, cabría *interpretar de forma laxa la exigencia de reciprocidad del artículo 13.2*: en el sentido de que no sería una «reciprocidad» absoluta o de resultado, sino que la exigencia del 13.2 se cumpliría con un mero compromiso de reciprocidad genérica, casi de intención, de las partes. Para ello se podrían utilizar los siguientes argumentos hermenéuticos: de una lado, siguiendo la i*nterpretación textual*, la Constitución no exigiría la aplicación del principio de reciprocidad entendido como una reciprocidad exacta o total, sino que el artículo 13.2 dice «atendiendo a criterios de reciprocidad», lo que parece indicar una exigencia mucho más genérica que quedaría cubierta con la segunda opción señalada.

De otro lado, y desde una *interpretación sistemática*, la dignidad de la persona y los derechos humanos –artículo 10. 1 y 2 de la Constitución–, así como el resto de derechos y libertades –artículo 13.1– podrían alegarse para fundamentar una interpretación sistemática de la Constitución en el sentido de que la regla general es el reconocimiento de derechos, de todos los derechos, que pertenecen a la dignidad de la persona, independientemente de su nacionalidad, y que cualquier condición limitadora –derivada en nuestro caso de la aplicación del principio de reciprocidad, como hemos visto– o excepción a esa regla general debe interpretarse en todo caso de forma muy restrictiva –*sceptio est estrictissimae interpretationis*–; tanto más cuanto, por problemas técnico-jurídicos ajenos a España y que caen fuera de su jurisdicción y, por consiguiente, de su voluntad, además, llevará con toda seguridad a que algunas personas no gocen de un derecho humano que otros, independientemente de su nacionalidad, sí poseerán. Como sostiene el Tribunal Constitucional:

> «(...) la dignidad de la persona, que encabeza el Título I de la Constitución (artículo 10.1 de la CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex artículo 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el artículo 10.2 de la CE».

En segundo lugar, cabe la *reforma del artículo 13.2 de la Constitución*, bien de manera parcial, eliminando la condición de reciprocidad o, incluso, suprimiendo todo el párrafo segundo: lo primero solucionaría los problemas derivados del principio de reciprocidad y para el caso únicamente de las elecciones municipales porque haría depender el reconocimiento del derecho únicamente de la voluntad de España. La segunda opción extendería dicha posibilidad a todas las elecciones.

Pero, sea como fuere, ninguna de las soluciones propuestas parece viable. La primera por motivos estrictamente jurídicos porque, como estamos viendo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no resulta sencillo defender una interpretación laxa del principio de reciprocidad que evite acudir a la celebración de tratados internacionales. Como indican AJA y DÍEZ, «el artículo 13.2 de la Constitución ha permitido un régimen en el que unos derechos (los

más próximos a la dignidad de la persona) corresponden a todos, pero otros sólo corresponden plenamente a los nacionales y a los extranjeros en la medida que lo establezcan las leyes o los tratados internacionales»[38]. Y es que, en efecto, el Tribunal Constitucional ha construido una interpretación de la cuestión en la que, cuando vincula los derechos a la dignidad de la persona, distingue entre distintos niveles de derechos según se deriven, de acuerdo con la jurisprudencia del Alto Tribunal, más o menos directamente de la dignidad de la persona:

> «(...) nuestra jurisprudencia ha reiterado que existen derechos del título I que "corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles" (STC 107/1984, FJ 3) puesto que gozan de ellos "en condiciones plenamente equiparables [a los españoles] (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3). Estos derechos son los que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español" (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). También nos hemos referido a ellos como derechos "inherentes a la dignidad de la persona humana" (...).
>
> La aplicación del criterio fijado en su día por este Tribunal para determinar si un concreto derecho pertenece o no a este grupo ofrece algunas dificultades por cuanto *todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana*. Pero como se dirá seguidamente, la dignidad de la persona, como "fundamento del orden político y la paz social" (artículo 10.1 de la CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador»[39].

Las dos últimas opciones, circunscritas ambas a la reforma constitucional, sí son perfectamente posibles jurídicamente –y por esta razón, sin duda, preferibles[40] en mi opinión–; pero no parecen, sin embargo, realizables políticamente, al menos en el momento presente, ni en su opción maximalista de eliminar el artículo 13.2 por restrictivo de derechos y por mirar al pasado, a una Sociedad internacional de Estados soberanos únicamente, decimonónica, propia, en fin, del Derecho Internacional clásico, y no al presente-futuro de un mundo global formado por seres humanos con derechos y donde el Estado soberano cada vez tiene menos cabida y resulta más un obstáculo –como se ve perfectamente en este caso, y en otros muchos cada vez de forma más frecuente y en relación a cada vez problemas más graves–, que una solución[41].

(38) AJA, E. y DÍEZ, L.: «*La participación política de los inmigrantes ...*», op. cit., p. 10.

(39) Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, fundamento jurídico núm. 3. Cursivas añadidas.

(40) Y es que, como señalan AJA y DÍEZ: «El problema debe plantearse con claridad. Si la democracia actual exige la participación de los inmigrantes con residencia estable en España y la Constitución contiene una condición de reciprocidad que prácticamente imposibilita el sufragio, la única salida lógica es la reforma de la Constitución. Bastaría con suprimir el requisito de reciprocidad del artículo 13.2». AJA, E. y DÍEZ, L.: «*La participación política de los inmigrantes...*», op. cit., p. 14.

(41) *Vid.* en este sentido CASTELLS, M.: *La era de la información. Economía, sociedad y cultura,* vol. II, *El poder de la identidad*, Alianza editorial, Madrid, 1998, pp. 271-339, el capítulo significativamente titulado «¿El Estado impotente?», donde realiza un muy interesante, y profundo, análisis sobre los efectos de la globalización en el Estado-nación tradicional.

Pero tampoco en su versión más suave de prescindir de la reciprocidad únicamente para las elecciones municipales. Se trataría de, al menos, un primer paso, que podría parecer el más razonable, política y jurídicamente, puesto que permitiría prescindir de la reciprocidad, consiguiendo con ello otorgar a las personas un derecho del que ellos serían titulares por sí mismos, por ser personas, con independencia, por lo tanto, del Estado del que son nacionales. Se situaría así la cuestión, al menos en relación a las elecciones locales, en la lógica actual de los individuos como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos que componen el elemento población del Estado. Para ello bastaría, además, seguir el procedimiento ordinario previsto para la reforma constitucional en el artículo 167 de la Constitución –por cierto, ya utilizado, como sabemos, para reformar este mismo artículo–. Como señalase el Tribunal Constitucional en su Declaración en torno al TUE, de 1992, y que servirá de base para la reforma mencionada, «al no contrariar el precepto examinado otra norma de la Constitución distinta al artículo 13.2 de la misma, el procedimiento para la revisión constitucional, que prevé el artículo 95.1, ha de ser el de carácter general u ordinario contemplado en el artículo 167 de nuestra Ley fundamental»[42].

Sin embargo, previsiblemente no será ésta la vía elegida, por lo que la presencia del principio de reciprocidad en el artículo 13.2 aboca, como hemos visto, a un proceso, largo y complejo, de negociaciones bilaterales para adoptar tratados en la materia basados en la reciprocidad[43], y que, de antemano, podemos afirmar ya que *imposibilitará extender el derecho de voto de forma general* a todos los inmigrantes residentes regulares en España. La realidad, jurídica y política, limitará su extensión básicamente a los nacionales de, algunos, Estados latinoamericanos; lo cual puede parecer, en principio, un avance que, además, podría excusar el evidente trato discriminatorio en positivo que supondría por razones históricas, políticas y/o culturales. Como se afirma en la Proposición no de Ley del Grupo parlamentario Ezquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds: «Proceder a la negociación y firma de acuerdos o convenios con los países con mayor número de nacionales residentes en España y, especialmente, con aquellos con los que ésta tiene relaciones históricas, políticas y culturales más estrechas, al objeto de que dichos nacionales puedan votar y ser elegidos en las elecciones municipales en España con arreglo al artículo 13.2 de la Constitución»[44].

Pero, si, como parece plausible por, entre otros, el citado *Convenio sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local*, del Consejo de Europa, así como por la práctica de otros Estados y la propia, aunque escasa, de España, como hemos visto en el caso del Tratado con Noruega, se va a exigir la residencia legal y continuada por un período de, al menos, 3 años en España; la realidad jurídica será que no se habrá avanzado en absoluto en el reconocimiento de derechos políticos, ni siquiera limitado a los nacionales de ciertos países latinoamericanos, porque –y precisamente por las mismas razones– de acuerdo con el artículo 22 del Código Civil español, los ciudadanos de estos Estados pueden solicitar la nacionalidad española –sin necesidad de perder la propia por la existencia de tratados de doble nacionalidad con estos Estados–

(42) Declaración 1/1992, de 1 de julio de 1992, del Tribunal Constitucional *sobre la constitucionalidad de determinadas disposiciones del Tratado de la Unión Europea*, fundamento jurídico núm. 6.

(43) De hecho, el Gobierno español nombró el 14 de agosto de 2008 a Gonzalo de Benito Secades Embajador en misión especial para llevar a cabo esta, ardua, tarea.

(44) Boletín Oficial de las Cortes Generales de 18 de julio de 2008, p. 3.

con 2 años de residencia legal y continuada[45]. Y, siendo españoles, son titulares del derecho de sufragio, activo y pasivo, en todas las elecciones, como establece el artículo 23 de la Constitución. En fin, ni siquiera cabe decir «mucho viaje para tan pocas alforjas», sino más bien «para este no-viaje no hacían falta alforjas».

Por ello, *si se quiere de verdad tomar en serio el derecho de sufragio de los inmigrantes en España, resulta inexcusable la reforma, de nuevo, del artículo 13.2 de la Constitución, para devolver a España del siglo XIX, donde nos mantiene anclado el principio de reciprocidad, al momento actual de desarrollo del Derecho Internacional; donde las personas* ya no son meros objetos pertenecientes al elemento población del Estado del que son nacionales, sino que, bien al contrario, e independientemente del Estado del que sean nacionales, *son, por sí mismas, titulares de derechos*.

Sin embargo, desgraciadamente no parece que éste vaya a ser el camino elegido por lo que es de temer que el resultado de tan esperado, y con toda seguridad publicitado, proceso sea inevitablemente parcial y, en consecuencia, discriminatorio, además de prácticamente inútil para los nacionales de los países latinoamericanos, los más probablemente *beneficiados*. Y es que, como afirma DE LUCAS, «la construcción de un concepto de ciudadanía que permita abrir a los inmigrantes la condición de ciudadanos es un objetivo que aún está lejos»[46]. Aun así, y siempre desde el pesimismo de la razón pero desde el optimismo de la voluntad –como diría GRAMSCI– hago mías las acertadas palabras de Miguel Ángel RAMIRO AVILÉS: «La reivindicación del derecho de sufragio activo y pasivo para las personas que son inmigrantes y su acceso a la condición de ciudadanos formaría parte de la terapia propia de una utopía realista, pues no es algo irrealizable sino algo que todavía no está realizado. No es imposible, ni impensable, ni inevitable, aunque a lo mejor es poco probable que algún día pueda ser, pero que de lograrlo contribuirá a aumentar la legitimidad de origen y la legitimidad de ejercicio del Estado, acercándose un poco más al gobierno óptimo, a la mejor forma de la *república*»[47].

V. BIBLIOGRAFÍA

AJA, E. y DÍEZ, L.: «La participación política de los inmigrantes», en *Puntos de Vista, Cuaderno del observatorio de las migraciones y de la Convivencia Intercultural de la Ciudad de Madrid*, núm. 2, julio de 2005.

ANDRÉS, H.: «El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* núm. 10 (julio 2008).

BRILMAYER, L.: «From "contract" to "Pledge": The Structure of Human Rights Agreements», 77 *British Yearbook of International Law,* 163 (2006).

(45) El párrafo 1 del artículo 22 del Código Civil dice así: «Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y *dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes*». Cursivas añadidas.

(46) DE LUCAS, J.: «Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos», en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, ed. I, Campoy, Dykinson, Madrid, 2006, p. 107.

(47) RAMIRO AVILÉS, M.A.: «El derecho al sufragio activo y pasivo de los inmigrantes, una utopía para el siglo XXI», *Derechos y Libertades,* núm. 97 (2008), p. 102.

CAMPIGLIO, C.: «Reciprocity in the treatment of aliens in Italy: good reasons for its abolition», 11 *The Italian Yearbook of International Law,* 125 (2001).

DE LUCAS, J.: «El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural», *Temas de hoy*, 1994.

DE LUCAS, J.: «Hacia una ciudadanía europea inclusiva. Su extensión a los inmigrantes», 53 *Revista CIDOB d"afers internacionals,* 63 (2001).

DE LUCAS, J.: «Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos», en *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, ed. I, Campoy, Dykinson, Madrid, 2006.

DÍEZ BUESO, L.: «La incorporación de la participación política de los inmigrantes al ordenamiento jurídico español», 18 *Derechos y Libertades,* 125 (2008).

JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional: a propósito de la aquiescencia, el «estoppel» y la confianza legítima,* Dilex, SL, Madrid, 2002.

ORTEGA GIMÉNEZ, A. y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S.: «El derecho al voto de los extranjeros en las elecciones municipales españolas: ¿integración o interés?», 8 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* 587 (2008).

RAMIRO AVILÉS, M.A.: «El derecho al sufragio activo y pasivo de los inmigrantes, una utopía para el siglo XXI», 18 *Derechos y Libertades,* 97 (2008).

SIMMA, B.: «Reciprocity», *Encyclopaedia of Public International Law*, 1984, pp. 29-33.

SOLANES, CORELLA, A.: «La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate», 18 *Derechos y Libertades* 67 (2008).

TRINDADE, A.A.C.: «The emancipation of the individual from his own state: the historical recovery of the human person as subject of the law of nations», en *Human rights, democracy and the rule of law*, S. Breitenmoser (Ed.), 2007, pp. 151-171.

Dossier

XIX Encuentro Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

I

La actuación colectiva de la Abogacía Española en materia de extranjería. La asistencia de oficio

Pascual Aguelo Navarro

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

SUMARIO

I. Un poco de historia. Los antecedentes de los Turnos y Servicios de Extranjería. El marco legal de actuación.

II. Las reformas del Régimen Administrativo, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, el Reglamento de Extranjería de 1996.

III. La Ley Orgánica 4/2000 original y su reforma por Ley Orgánica 8/2000.

IV. La creación de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española.

V. Las reformas legislativas del año 2003.

VI. A modo de conclusión: el cambiante contexto migratorio actual y su incidencia en el ámbito profesional de la Abogacía. A) El cambiante contexto migratorio español y el trabajo de la Abogacía española. B) La evolución normativa de la UE y su incidencia sobre este cambiante contexto migratorio. C) La nueva reforma de la LOEX. D) La actividad profesional de los abogados de extranjería en la actual situación de crisis económica: una reflexión hacia el futuro.

I. UN POCO DE HISTORIA. LOS ANTECEDENTES DE LOS TURNOS Y SERVICIOS DE EXTRANJERÍA. EL MARCO LEGAL DE ACTUACIÓN

El acercamiento preocupado de la Abogacía española a la extranjería se produce en los comienzos de la década de los años 90, momento en que el fenómeno migratorio, si bien comienza a proyectarse en nuestro país como importante y creciente realidad, estaba todavía muy lejos de la cuantitativa y cualitativa actual situación [1].

(1) En el año 1993 se produce lo que podemos denominar un primer encuentro intercolegial que reúne en Zaragoza a un reducido grupo de abogados que representan a los Colegios de Barcelona, Málaga y Zaragoza, al que pronto se sumarían Granada, Las Palmas, Madrid y Valencia. Tanto el ICAB como el ReICAZ habían comenzado por aquel entonces a conformar Turnos y Servicios específicos en materia de extranjería. La Abogacía española tuvo el mérito de anticiparse en el tiempo al *boom* de la migración en España.

I

La vieja Ley de Extranjería de 1985 [2], de marcado corte represivo y policial, resultaba ya por entonces, a pesar de su corta vida, inadecuada para regular ese importante movimiento de personas y a su vez evidenciaba situaciones difícilmente soportables en un sistema democrático de derecho.

En el año 1991, se va a producir la primera gran regularización de trabajadores migrantes en nuestro país, básicamente provocada por la entrada en vigor de la Ley de Extranjería, que paradójicamente supuso la ilegalización de la situación residencial perfectamente regular hasta entonces de un amplio colectivo de personas [3].

Es también el año en que finaliza el período transitorio para el ingreso de España en la Unión Europea y en el que se acuerda la imposición de visado de entrada para los nacionales marroquíes. Una Proposición no de Ley aprobada en el Congreso de los Diputados supondrá una primera manifestación de intenciones en el ámbito de las políticas migratorias y esta Proposición no de Ley tuvo precisamente como resultado el segundo Proceso de Regularización de junio del 91 a la que nos hemos referido [4].

En aquel contexto, se constata la existencia de procedimientos sancionadores de expulsión que se desarrollaban sin las mínimas garantías constitucionales y legales. Así, privaciones de libertad sin la debida asistencia letrada y sin un verdadero y previo control judicial; internamientos sin límites temporales, en lugares de detención jurídicamente inadecuados; materialización de expulsiones sin considerar los riesgos inherentes a las mismas, a la situación personal, familiar o de arraigo de las personas expedientadas. Y todo ello en unos exiguos plazos que dificultaban, cuando no impedían, una labor mínimamente eficaz de asistencia jurídica. Lo que generó una intensa inquietud entre la abogacía más comprometida con la defensa de los Derechos Humanos [5].

Tal era el sombrío panorama con el que la Abogacía española debió encarar su trabajo defensivo en aquellos años. Es como si las luces de la Constitución Española se oscurecieran en el ámbito del Derecho de Extranjería [6].

Todo aquello sin duda tuvo el mérito de confrontarnos con una realidad a la que resultaba preciso extender los mecanismos protectores de derechos que el legislador constitucional español había querido reconocer también a las personas extranjeras [7].

(2) Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

(3) Como consecuencia del gran número de resoluciones denegatorias de regularización y las noticias que alertaban de una importante cifra de procedimientos de expulsión que se estarían iniciando por esa causa, se promueve en el ReICAZ, en el año 1992, la creación del, posiblemente, primer Turno de Extranjería, al que se dota de una reglamentación que servirá de modelo para posteriores experiencias.

(4) Proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros, adoptada por el Congreso de Diputados en abril de 1991.

(5) Es de justicia recordar que en el mes de octubre del año 1991 tiene lugar la publicación de la Circular de la Fiscalía General del Estado sobre Internamientos, que tratará de desarrollar el contenido de la STC 115/1987 en esta materia.

(6) La STC 115/1987 que examinó la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley sirvió para enmarcar en buena medida la actividad de los abogados en aquel tiempo. De ahí que el trabajo de los Servicios y Turnos de Oficio de extranjería tuvieran desde un primer momento como principal componente la defensa de derechos, garantía y principios constitucionales.

(7) El artículo 13 del TC, objeto de un amplio consenso constitucional, extiende a las personas extranjeras, si bien de forma limitada, el conjunto de derechos y libertades del Título I. Sobre este tema resulta imprescindible la consulta del libro

II. LAS REFORMAS DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO, LA LEY DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA, EL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA DE 1996

Pues bien, el objetivo principal, si no el único, que estuvo presente en la creación de los primeros servicios colegiales de extranjería, fue precisamente el ser capaces de crear instrumentos organizativos colegiales en el seno del Turno de Oficio que favorecieran una correcta y eficaz labor de defensa de los derechos e intereses de las personas extranjeras y ello incluso antes que se aprobara en el año 1996 la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y su Reglamento de ejecución que atribuyó a los Colegios de Abogados la competencia en la materia [8] y fijó las condiciones mínimas para su desempeño [9]. Estos Turnos de Oficio, aún denominados de «extranjería», desde un comienzo fueron conscientes de la necesaria intervención en los procedimientos de asilo y en la capacitación de los profesionales adscritos a los mismos.

En el momento en que se detectó la existencia de una precaria situación de vulnerabilidad jurídica en la que se cuestionaban o vulneraban derechos fundamentales tan esenciales como la libertad personal o el derecho mismo de defensa, la Abogacía española, con plena conciencia de la función social que la sociedad española le reclamaba, asumió –pienso que con notable responsabilidad y eficacia– la defensa de un colectivo tan vulnerable como es el de las personas inmigradas carentes de recursos y en situación de irregularidad [10].

De esta manera, los Servicios de Extranjería tuvieron y tienen, no podía ser de otra forma, un marcado carácter social y reivindicativo, impregnado de una gran dosis de voluntarismo, generosidad y de un nivel de exigencia profesional y personal muy elevado [11].

Asimismo, es útil recordar que, a pesar del deseo del legislador constitucional, la elaboración del nuevo régimen administrativo y la plasmación de un Régimen Administrativo Común no

de nuestro compañero Eduard Sagarra i Trías *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Bosch, Madrid 1991. Resulta necesario hacer mención a las recientes SSTC 236/2007, de 7 de noviembre; 259/2007, de 19 de diciembre, y 260, 261, 262, 264 y 265/2007, de 20 de diciembre. Sobre este tema puede consultarse igualmente el Dossier del núm. 16 de la REDMEX.

(8) El ReICAZ en el año 1992, el ICA Guipúzcoa en 1995, ponen en marcha Turnos de Extranjería dedicados a «(...) cuestiones relativas a procedimientos administrativos o gubernativos derivados de la aplicación de la Ley de Extranjería o de sus Reglamentos, de la Ley de Asilo y de sus Reglamentos, y de la situación de refugiados políticos, o de la transposición en Derecho español de Tratados internacionales o Supranacionales en la materia.»

(9) Entre los requisitos para poder prestar el servicio se señalaba, «(...) Letrados en ejercicio del Colegio de Abogados que se inscriban en una lista especial, que permanecerá abierta hasta el día treinta del mes de noviembre de cada año, y que hayan asistido a las actividades previstas para informarles del correcto funcionamiento del Turno especial, sin cuya realización no serán admitidos.»

(10) En la actualidad es frecuente señalar la importancia que ha tenido el derecho judicial en la conformación del derecho de extranjería. Pues bien, sin la consecuente actuación de los letrados que desarrollaron su trabajo defensivo en los incipientes turnos de extranjería, difícilmente hubiera podido realizarse esta labor jurisprudencial al tratarse de una jurisdicción rogada como es la contencioso-administrativa que exige la actuación de parte.

(11) El hecho de que hayan salido a la luz determinadas actuaciones puntuales desafortunadas no pueden oscurecer la encomiable labor desarrollada por los abogados de extranjería y menos aún de quienes han desarrollado este trabajo profesional en los Servicios del Turno de Oficio.

se haría realidad hasta el año 1992 y que la ley original precisaría de una profunda reforma en el año 1999 [12].

La entrada en vigor de la LPA en el año 1992 supuso la constatación, para muchos de nosotros, de que el viejo régimen administrativo de la extranjería regulado por la LOEX 7/1985 y Reglamento de 1986 [13] debía ser derogado y adaptado a los principios constitucionales que la LPA de 1992 pretendió plasmar y resultó ser un instrumento de gran utilidad defensiva para hacer avanzar y provocar una jurisprudencia titubeante, pero que comenzó a reflexionar y pronunciarse acerca de todo ello [14] y que, sin duda, generó el ambiente propicio para que en el año 1996 se aprobase un nuevo Reglamento de extranjería que, entre otras cosas, trató de forma jurídicamente impropia [15] de adaptar las previsiones de la Ley de 1985 a los principios constitucionales plasmados en la LPA [16].

Ese mismo año 1996, tiene lugar la aprobación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita [17] que vino a reconocer el derecho a la asistencia gratuita a las personas extranjeras carentes de recursos que se encontrasen en territorio español [18]. La extensión del derecho a todas las personas independientemente del estatuto jurídico administrativo fue consecuencia del recurso de inconstitucionalidad que planteó el Defensor del Pueblo contra el contenido restrictivo del artículo 2 de la Ley, que, entre otros, es promovido por el grupo de abogados de extranjería reunidos en el marco del Consejo General de la Abogacía Española [19].

(12) La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común se aprueba por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Por Ley 4/1999, de 13 de enero, sufre una profunda reforma de su articulado.

(13) Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LOEX 7/1985.

(14) La STC 115/1987 había marcado ya un hito al someter la actuación estatal en el ámbito de la extranjería al régimen jurídico general de control jurisdiccional y estableció unos límites, si bien imprecisos, que servirían de fundamentación esencial en la batalla jurídica sobre medidas cautelares de gran trascendencia para el desarrollo del derecho judicial en materia de extranjería que ha resultado esencial en su conformación.

(15) Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de Ejecución de la LOEX 7/1085. Decimos jurídicamente impropia puesto que, como bien sabemos, el Reglamento tiene como función desarrollar la norma legal, y en ningún caso es el instrumento adecuado para corregir aspectos no queridos por la Ley. Recordamos, asimismo, que el Reglamento vino a ordenar el que sería el tercer proceso de documentación de extranjeros en situación irregular.

(16) Ese mismo año tendrán lugar, en el marco del Colegio de Málaga, unas Jornadas de reflexión sobre el Reglamento de Extranjería que tendrán una importante repercusión en el posterior desarrollo del trabajo colectivo en esta materia.

(17) Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

(18) En concreto su artículo 2, «Ámbito personal de aplicación», señala que: «En los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente [Inciso declarado inconstitucional por la Sentencia 95/2003, de 22 de mayo, del Tribunal Constitucional] en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar [...] e) En el orden jurisdiccional penal, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español. f) En el orden contencioso-administrativo así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a su solicitud de asilo.»

(19) En el año 1995, celebramos en Zaragoza el que denominamos «I Encuentro Internacional de Abogados sobre derecho de extranjería y asilo», que supuso el arranque de un amplio movimiento intercolegial que desembocará en la creación generalizada de Turnos y Servicios de Extranjería y servirá de marco para próximos encuentros y de decisivo impulso para la conformación de la Subcomisión de Extranjería en el seno del CGAE. Uno de los encargos de la Conferencia fue elaborar un

Como no deben empezar a construirse los edificios por sus tejados, por muy buenos y consistentes que éstos sean, cada vez eran más las voces que se convencen de la necesidad de promover la adecuación del viejo régimen de la extranjería a las nuevas realidades sociojurídicas y también a los cimientos constitucionales.

No debe olvidarse, asimismo, que, a partir del Tratado de Ámsterdam, en 1999, la libre circulación y las políticas migratorias se comunitarizan, marcando un plazo de cinco años, ya sobrepasado, para regular tales materias en el ámbito europeo. De esta forma se dictan Directivas y Reglamentos comunitarios que tratan de desarrollar esa voluntad de comunitarización [20].

III. LA LEY ORGÁNICA 4/2000 ORIGINAL Y SU REFORMA POR LA LEY ORGÁNICA 8/2000

El proceso de reforma iniciado allá por el año 1998 finaliza en el año 2000 en un texto legal, consensuado por todos los grupos parlamentarios en el seno de la Comisión Constitucional del Congreso, que, derogando el viejo régimen de la extranjería, promulga una nueva Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social sobre los paradigmas constitucionales, que finalmente se convierte en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Es preciso recordar dos fisuras de última hora que van a condicionar la efímera vida del texto legal:

a) El consenso es roto en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular que advierte de su reforma, en caso de vencer en las elecciones que habrían de celebrarse en la primavera del año 2000, cosa que posteriormente ocurría, dando lugar a una sucesión de reformas y contrarreformas permanentes que convierten el derecho de extranjería en un ordenamiento jurídico sujeto a continuos cambios y vaivenes [21].

b) Las prisas por su aprobación provocan que el texto definitivo aparezca sin Exposición de Motivos, y los procedimientos resulten técnicamente poco adecuados y hace que surjan un importante número de críticas acerca de la escasa coherencia jurídica de algunas de sus previsiones.

Pero, aun siendo conscientes de todo ello, se debe señalar que la Ley 4/2000 original es acorde con el mandato constitucional [22] y concreta en su texto:

dictamen sobre la inconstitucionalidad del artículo 2 de la LAJG que sirvió como documento de Ponencia en el VI Congreso Nacional de la Abogacía, celebrado en A Coruña en el año 1996 y que posteriormente fue remitido al Defensor del Pueblo. La STC 72/2005 y, posteriormente, las ya citadas SSTC 236/2007, de 7 de noviembre; 259/2007, de 19 de diciembre, y 260, 261, 262, 264 y 265/2007, de 20 de diciembre, proclamaron el alcance universal del derecho a la tutela judicial efectiva y su corolario: el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

(20) La incorporación de la normativa europea a través de la vía de la transposición a los ordenamientos internos y particularmente al ordenamiento español ha servido en ocasiones de pretexto para provocar importantes y frecuentes reformas de la normativa de extranjería.

(21) LO 8/2000, de 22 de diciembre; RELOEx 864/2001, de 4 de julio; STS de 20 de marzo de 2003; LO 14/2003, de 20 de noviembre; LO 11/2003, de 29 de septiembre; RELOEx 2393/2004, de 30 de diciembre.

(22) Se trata de la única norma legal reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España que no será sometida a recurso de inconstitucionalidad.

– Una regulación de los derechos y libertades más acorde con el mandato y jurisprudencia constitucional, al situarse en el camino de la equiparación de derechos entre españoles y extranjeros.

– Un tratamiento de la irregularidad desde un criterio más garantistas y de justicia (arraigo, procedimiento sancionador).

– Consagra legalmente el régimen de normalidad administrativa que había comenzados a construirse con el Reglamento del año 1996. [23]

– Además, introduce en su título el enunciado de «y su integración social» que será el germen del posterior Plan Greco y, lo que quizás es más importante, de los Planes de Inmigración de las diferentes Comunidades Autónomas que desde entonces comienzan a desarrollarse bajo la perspectiva de Derechos de la ciudadanía y que se han concretado en el actual Plan estratégico de integración y ciudadanía [24].

Asimismo, la LO 4/2000 original extiende el derecho de asistencia jurídica gratuita de las personas extranjeras a los procedimientos administrativos que pudieran conllevar la denegación de la entrada o su repatriación, lo que motivó la urgente puesta en funcionamiento de servicios *ad hoc* en las fronteras exteriores para poder cumplir eficazmente el mandato legal [25].

IV. LA CREACIÓN DE LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

En el año 1999, a solicitud del SAOJI de Zaragoza, asumiendo una iniciativa intercolegial, la **Comisión de Ordenación Profesional y Colegial del CGAE** en su sesión de fecha 26 de febrero adopta el acuerdo de aceptar la coordinación de los Servicios de Extranjería existentes en los distintos Colegios de Abogados mediante la creación en el seno de la mencionada Comisión de una Subcomisión de Coordinación de Servicios de Extranjería [26].

Tras el **X Encuentro Intercolegial celebrado en Ciudad Real**, en el mes de junio de 2000, se designa una Comisión del Encuentro para colaborar con la Subcomisión de Extranjería recién

(23) La posterior reforma de la LOEX operada por la LO 14/2003 supondrá de nuevo el regreso a un régimen administrativo de excepción. Esta reforma fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por el Parlamento Vasco y actualmente todavía está pendiente de pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

(24) En el mes de febrero de 2007, el Gobierno aprobó el denominado Plan estratégico de integración y ciudadanía basado en los principios de igualdad, ciudadanía e interculturalidad que deben informar el contenido de los Planes de inmigración autonómicos.

(25) Particularmente modélica fue la puesta en servicio por el ICA Madrid del Turno de asistencia en el aeropuerto de Barajas para atender a las personas rechazadas.

(26) «A solicitud del SAOJI de Zaragoza se acepta la coordinación de los Servicios de Extranjería existentes en los distintos Colegios de Abogados, en las funciones que se proponen o tenga a bien proponer en el futuro, solicitando a SAOJI un dossier informativo sobre las normas de funcionamiento que actualmente rigen en los Colegios de Abogados en los que se presta este Servicio, así como referencia de los convenios económicos y de prestación del servicio con los distintos Gobiernos Autónomos, a fin de dar traslado a todos los Colegios por si consideran de interés el establecimiento de servicio, convocando a los actuales responsables de los distintos Servicios existentes para intentar conciliar los diferentes reglamentos de funcionamiento y la actuación de la Abogacía en general en relación con el Derecho de Extranjería.»

creada que quedó definitivamente constituida el día 5 de octubre de 2000, integrándose en el seno de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, aglutinando ya en aquel momento a más de 30 Colegios de Abogados con servicios de extranjería ya en funcionamiento o en vías de constitución.

La creación de la Subcomisión de Extranjería va a permitirnos abordar el estudio del proceso de reforma de la LO 4/2000 desde una perspectiva colectiva y abordar la elaboración de un Dictamen acerca de la posible inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero [27], y que tendrá una importante repercusión [28].

Los Encuentros Intercolegiales de León (2001) y Alicante (2002) servirán como marcos de debate, confrontación y puesta en común colectiva de los temas más esenciales del Derecho de Extranjería, que se plasmarán en el Informe sobre Asistencia Jurídica en las Fronteras Exteriores presentado en el marco del Encuentro Intercolegial de Mallorca (2003) y que sería el embrión de los Protocolos de actuación en el ámbito de la extranjería aprobados en el Encuentro de Córdoba (2004) [29].

Durante todos estos años, también nos ha correspondido llevar a nuestras espaldas la tarea de desarrollar teóricamente el Derecho de Extranjería [30], de tal forma que durante bastante tiempo los «prácticos» hemos tenido que guiar a los «teóricos» ante al ausencia de un trabajo sistematizado de elaboración de nuestras universidades con algunas escasas, pero importantes, excepciones [31], lo que ha facilitado el alto nivel de formación de los abogados de extranjería [32]. Todo ello unido al excelente papel desarrollado por las web de Extranjería de los Colegios de

(27) Documento que puede consultarse en la web del ReICAZ, apartado «Subcomisión de Extranjería del CGAE», *http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/saoji/InfSubcInc82000.pdf*

(28) Aunque el Defensor del Pueblo declina interponer recurso de inconstitucionalidad serán hasta 10 los recursos interpuestos que darán lugar a las reseñadas SSTC de 7 de noviembre y 19 y 20 de diciembre, que declaran la inconstitucionalidad de varios preceptos de la norma y dotan de contenido constitucional al reconocimiento de los derechos de los extranjeros en situación irregular. El TC a finales de 2007 tuvo ocasión de pronunciarse sobre los recurso de inconstitucionalidad que definitivamente se interpusieron, acogiendo una buena parte de la fundamentación del dictamen.

(29) El informe se puede consultar en *http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/saoji/INFORMEFRONTERAS.pdf* y, asimismo, los Protocolos en *http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/saoji/Protocolo.pdf*

(30) Es preciso mencionar a MIQUEL CALATAYUD, J.A., Registrador de la Propiedad; SAGARRA, E. Abogado del ICAB; FERRER PEÑA, R.Mª Administrador Civil del Estado, y ESTRADA CARRILLO, V. Comisario del CNP, verdaderos pioneros del estudio de la extranjería en nuestro país.

(31) Aun a riesgo de olvidar algún nombre, debo citar a las profesoras de Derecho Internacional Privado, ÁLVAREZ, A., MOYA M. y TRINIDAD, M.L.; a AJA, E., Catedrático de Derecho Constitucional; a CARDONA, J., CHARRO, P., RAMOS M. y ROJO, E., Catedráticos y Profesores de Derecho del Trabajo y Seguridad Social; a DE LICAS, J. Catedrático de Filosofía del Derecho, a CHUECA SANCHO, A.G., profesor de Derecho Internacional Público, y muchos otros profesores, que a partir del año 2000 van a desarrollar la materia en sus diversas vertientes.

(32) En el año 2002, organizado por el CGAE y el ReICAZ y reconocido en España por la Universidad Europea de Madrid comienza a impartirse el Título de Postgrado «Experto Jurídico sobre Migraciones Internacionales y Extranjería». El Postgrado ha permitido avanzar hacia la especialización en una materia que, como el Derecho Migratorio y de Extranjería, carece de programas *ad hoc* en los actuales planes de estudio de las Universidades. Estamos, además, ante una especialización necesaria en el momento actual; el fenómeno de la inmigración (que puede calificarse como complejo y global) así lo exigía hace seis años y lo continúa exigiendo hoy.

Abogados [33], nos ha otorgado un prestigio social y profesional del que todavía disfrutamos y somos un referente importante.

Las Conclusiones del XIV Encuentro de Córdoba, con sus anexos de Zaragoza y Sevilla, resultan de gran importancia y tuvieron de alguna forma la virtud de anticiparse a algunas de las actuales reflexiones sobre los Servicios del Turno de Oficio al comprender:

- Unos comprometidos documentos que contienen los requisitos imprescindibles para el acceso de los servicios y turnos de extranjería.
- Avanzar un Baremo de Méritos que pueden servirnos para reflejar el ránking de calidad de los Servicios de Extranjería en cada sede colegial.
- La aportación de Protocolos de actuación en materia de extranjería que son actualizados periódicamente y que sirvieron de principal material al Defensor del Pueblo para la elaboración de las Reglas de Buena Práctica para el ejercicio en el ámbito de la extranjería que se contienen en un reciente Informe.

Todos estos materiales han sido asumidos por el CGAE y remitidos al conjunto de Colegios.

Su asunción y puesta en marcha por los distintos Colegios ha sido recibida de forma desigual y la actuación en Colegios con menor experiencia no fue sencilla y certera.

V. LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DEL AÑO 2003

Volviendo al mirada un poco atrás en el tiempo, debemos pararnos a reflexionar acerca de lo que supusieron las reformas de la Ley de Extranjería del año 2003 [34].

Uno de los aspectos más negativos que introduce la LO 14/2003 de Reforma de la LOEX es el intento de consumación de un régimen administrativo especial por razón del sujeto administrado en el que las garantías jurídica y principios básicos del procedimiento administrativo se encuentran debilitados de forma importante y que en buen medida mediatizan la actuación defensiva hasta provocar en algún supuesto una verdadera indefensión. Por esta causa, la Subcomisión de Extranjería del CGAE en su día promovió la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la mencionada ley que finalmente fue instado por el Parlamento Vasco [35].

(33) Destacadas son las web de Extranjería del ReICAZ, la del Aula de Migraciones del ICAM y la de la Subcomisión de Extranjería del ICAB.

(34) Las reformas de la legislación de extranjería operadas en los años 2001 y 2003 han venido a significar un importante recorte de los derechos y garantías jurídicas de las personas inmigradas. Son diez los recursos de inconstitucionalidad que se encontraban pendientes ante el Tribunal Constitucional por tal motivo. En la actualidad han sido resueltos los recursos presentados frente a la reforma del año 2001 con el contenido reseñado de las STC 236/2007, de 7 de noviembre; 259/2007, de 19 de diciembre, y 260, 261, 262, 264 y 265/2007, de 20 de diciembre, resta por resolver el Recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento Vasco frente a la reforma del año 2003 (LO 14/2003, de 20 de noviembre).

(35) El Dictamen puede consultarse en *http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/saoji/InformeSubcInc.pdf*

En un repaso rápido podemos señalar, al menos, las siguientes especialidades:

- Existencia de resoluciones administrativas inmotivadas, como, por ejemplo, los visados de corta duración.
- Limitación de la capacidad de obrar del administrado tanto español como extranjero en el marco de las relaciones con la administración de extranjería, por ejemplo, en las solicitudes de autorizaciones iniciales de trabajo.
- Catálogo de inadmisiones a trámite que convierten la admisión de una solicitud en excepcional separándose de la naturaleza jurídica que establece la LPA en su artículo 89.4[36].
- Existencia de un procedimiento preferente de expulsión que genera indefensión y limita el derecho de tutela judicial efectiva.
- Exiguos plazos de alegaciones.
- Medidas cautelares que incluyen la posibilidad de privar de libertad a la persona expedientada administrativamente.
- Ejecución forzosa inmediata.
- Olvido del principio de proporcionalidad material y procedimental. Convirtiendo en regla la sanción y procedimiento más grave sin atender al principio.
- *Non bis in idem* debilitado.
- Presunción de inocencia: inversión del principio de mera sospecha.
- Archivo de oficio y sin notificación de los registros padronales.
- Tratamiento de los datos de carácter personal dudosamente constitucional.

El Reglamento 2393/2004 de desarrollo de la LOEX 4/2000, reformada por la LO 14/2003, en lugar de procurar la vuelta a los principios inspiradores de la LOEX 4/2000, original, profundiza en buena medida en todo ello, tratando de consumar ese régimen administrativo especial que constituye el limitado marco que condiciona gravemente nuestra intervención.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL CAMBIANTE CONTEXTO MIGRATORIO ACTUAL Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA

Veamos ahora, a modo de conclusión, algunas reflexiones sobre el cambiante contexto migratorio español, que afecta de modo directo al trabajo de la Abogacía española. En este examen no debemos olvidar la incidencia de la evolución normativa de la UE en el ordenamiento español. También es preciso contar con la nueva reforma de la LOEX, cuyo Anteproyecto se publicaba hace unos meses.

Con estos mimbres (y sin caer en la tentación de la futurología o la todavía más aventurada adivinación), sí realizamos una reflexión hacia el futuro sobre la nada fácil actividad profesional de los abogados de extranjería en la actual situación de intensa crisis estructural.

(36) «(...) solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento Jurídico o manifiestamente carentes de fundamento.»

A) El cambiante contexto migratorio español y el trabajo de la Abogacía española

A mi entender, nos encontramos en la actualidad inmersos en un contexto migratorio en profundo cambio; este contexto se concreta en una serie de circunstancias coyunturales derivadas de una intensa crisis estructural que muy posiblemente condicione el trabajo presente y, sobre todo, futuro de los abogados de extranjería y de todos los agentes implicados en el tratamiento del hecho migratorio.

Para comprender la situación actual, en **primer lugar**, habremos de tener en cuenta que el fuerte incremento de la llegada de personas migrantes desde el continente americano y países del este europeo, principalmente desde Bulgaria y Rumanía, que se produjo a partir de la década de los 90, previsiblemente haya tocado techo o al menos inicie un período de franca ralentización.

En las décadas pasadas el flujo principal tuvo lugar desde el norte de África, particularmente desde Marruecos, y también desde países del otro lado del Atlántico y países del Este europeo, que como Bulgaria, Polonia y Rumanía se encontraban en aquel momento en trance de incorporación a la Unión Europea.

La llegada de estas personas se originó, en buena medida, como en cualquier movimiento migratorio, por la concurrencia principal de un doble factor o efecto:

1.º Como consecuencia de un denominado «efecto rechazo» o «expulsión», puesto que sus Estados de origen no podían garantizarles un nivel de vida humanamente digno, lo que les obligó a salir de sus fronteras. Si se carece del mínimo desarrollo, en el amplio sentido del término (político, social, económico, cultura y ambiental), ¿por qué nos extrañamos de que las personas que sufren tal carencia acudan a Estados más desarrollados?

2.º Por otra parte, impulsados por el clásicamente denominado «efecto llamada», al sentirse atraídas por una situación económica que se transmite hacia el exterior como voyante, provocando así una importante vis atractiva.

Todo ello desembocó en un creciente flujo de personas muy desregulado, que cubría las necesidades de un mercado de trabajo desbordado por la voracidad empresarial especulativa; completando esas necesidades incluso por medio de la contratación ilegal de extranjeros. Esta circunstancia originó en el pasado la puesta en marcha de un nuevo proceso de normalización en el año 2004[37], proceso que podría volver a reproducirse en el futuro, si la situación económica mejorase y las perspectivas laborales resultaran más favorables.

Esta pasada afluencia masiva –producida hacia territorio español y no desde territorio español, como nos sucedió durante siglos– no tuvo en cuenta las necesidades crecientes que un volumen tan importante de personas generaría en una situación de crisis económica, provocando una muy grave precarización socioeconómica y laboral de una parte importante de la población migrante, originando en muchas ocasiones un retorno más o menos forzado a sus Estados de origen.

Este retorno se está notando ya desde hace meses, principalmente respecto de nacionales búlgaros y rumanos, hoy ciudadanos de la Unión. El ingreso de Rumanía y Bulgaria en la Unión

(37) La necesidad de mano de obra era tan importante que las vías de llegada se flexibilizaron, haciendo surgir una fuerte corriente de laboralización del fenómeno migratorio frente a su anterior situación de regulación netamente gubernamental. El trabajo profesional tuvo durante este período un significativo componente de gestión y tramitación de permisos.

Europea y el incremento de las inversiones en sus territorios permiten el retorno de parte de su población inmigrada, así como el ejercicio del derecho a no emigrar de otros sectores poblacionales.

En **segundo lugar,** recordaré cómo en ese tiempo se produce también un creciente movimiento de personas llegadas desde el continente africano, en concreto del África subsahariana, y este movimiento socialmente se percibe entonces como masivo.

Al analizar este movimiento, en los últimos años, se nos ofrece quizás como novedad el cambio de dirección de los flujos migratorios marítimos; es bien sabido que ello originó un aluvión imprevisible de llegadas de embarcaciones irregulares a Canarias creando situaciones difícilmente abordables por las instituciones y las entidades como los Colegios de Abogados más pequeños de las islas, con dotaciones humanas y profesionales escasas.

Fuerteventura fue el ejemplo más llamativo de esta afirmación y resulta necesario recordar que provocó una dura intervención de la Oficina del Defensor del Pueblo [38] y la elaboración por la Subcomisión de Extranjería del Informe acerca de la situación de la asistencia letrada en las fronteras exteriores al que nos hemos referido con anterioridad [39] .

Señalaremos igualmente como hechos significativos los sucesos que en el otoño del año 2005 se produjeron en las vallas de Ceuta y Melilla, que fueron afrontados de manera bastante eficaz por los respectivos Colegios con la participación activa de la Subcomisión de Extranjería que elaboró el Informe sobre los mismos [40].

Por otra parte, 2006 fue el año de la llegada masiva de cayucos a Tenerife, situación que era abordada por el ICA Tenerife con gran diligencia y ejemplaridad. Como sucedió con otros Colegios, la Subcomisión de Extranjería estuvo también al lado del Colegio de Tenerife, tratando de apoyar técnicamente el trabajo de los abogados del Turno de Oficio.

En el contexto actual y a pesar de todos los índices negativos que se presentan, no debemos engañarnos en cuanto a la inmigración africana. Al contrario que en el caso de las migraciones intra-europeas, la africana difícilmente desaparecerá y difícilmente se presentará como solución el retorno voluntario por causas económicas de los africanos que residen en la Unión Europea. El lugar al que van a retornar seguramente ofrece peores perspectivas que las que esas personas tienen en España, aun siendo aquí complicadas y precarias.

Por último, tampoco cabe olvidar, en **tercer lugar**, que la inmigración en España va siendo ya un fenómeno asentado por el discurrir del tiempo; numerosas personas llevan entre nosotros de 12 a 15 años y en sus casos apenas se plantean las clásicas cuestiones de la entrada y la expulsión

(38) También es cierto que nos hemos convertido, porque no podía ni puede ser de otra manera, en un colectivo incómodo que ha promovido (con notable éxito en muchas ocasiones) recursos de amparo, de inconstitucionalidad, informes e intervenciones críticas, etc. El éxito y la incomodidad de nuestras actividades nos han granjeado incomprensiones, cuando no actuaciones a veces muy injustas, las cuales, conscientemente o no, han tenido consecuencias muy negativas para nuestro trabajo. No obstante, al enjuiciar nuestra labor, en bastantes ocasiones se olvida la frecuente y desinteresada colaboración que ofrecemos a todas las instituciones, para mejorar la aplicación de este sector de nuestro ordenamiento jurídico.

(39) Este Informe de la Subcomisión supuso un primer intento riguroso por conocer la situación real de la asistencia jurídica a las personas extranjeras que sirvió de documento de reflexión sobre el tema y trató de prevenir situaciones similares en otros Colegios con características y circunstancias similares.

(40) El informe se puede consultar en *http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/saoji/InfMelillafinals.pdf*

forzada, sino más bien las derivadas de su permanencia más o menos estable, más o menos regular en el territorio español y europeo.

Teniendo presentes los anteriores datos, parece claro que la presencia cada vez más numerosa de personas provenientes de los más diversos países está provocando el surgimiento de nuevas áreas de trabajo profesional en la Abogacía española; son áreas principalmente conectadas con el derecho laboral y de familia, con el derecho internacional público y privado, pero también ligadas al comercio internacional y a las cuestiones que suscita el trabajo empresarial, que de forma principal toma la característica de empleo autónomo; estas áreas afectan en definitiva a las situaciones jurídicas que conforman el escenario de personas que han transformado su movimiento transnacional en asentamiento temporal o permanente en un territorio distinto del de su Estado de origen.

Concretando ese aspecto puede decirse que en el más estricto campo del derecho migratorio administrativo las reclamaciones administrativas y contencioso-administrativas en materia de reagrupación familiar, las denegaciones de permisos y renovaciones de los mismos, la adquisición de la nacionalidad española y otros asuntos derivados de actuaciones relacionadas con el estado civil de las personas suponen un volumen cada vez más importante del trabajo a desarrollar en este ámbito. Y, con los actuales datos, no parece previsible que este volumen de trabajo decaiga en las mencionadas parcelas.

Dentro de este apartado, destaca también el tratamiento de las situaciones de irregularidad, originarias y sobrevenidas, como uno de los principales asuntos de reflexión y actuación profesional.

Asimismo, a lo largo de 2006 a 2008, algunos miembros de la Subcomisión de Extranjería (aprovechando el programa de Jornadas que desarrolló en colaboración con la Dirección General de Política Interior) viajaron y compartieron intensas jornadas de reflexión en los Colegios de Melilla, Ceuta, Córdoba, Las Palmas, Tenerife, Alicante, Almería, Valencia, Bilbao, Barcelona, Elche, La Palma, Lanzarote, Málaga y Madrid. Estas jornadas se centraron en la capacitación de los abogados de extranjería en sentido estricto, así como en el asilo y el refugio, abriendo una nueva parcela de trabajo dentro del derecho migratorio.

Así pues, en el último quinquenio, el trabajo profesional en este campo se ha diversificado y ha tomado un claro camino hacia la conformación de una parcela especializada con unos contornos todavía no cerrados y que está dando lugar a un novísimo derecho de las personas en movimiento transnacional, que precisa de una mayor y mejor regulación tanto interna como internacional.

Dado el fenómeno del asentamiento, al que antes hice referencia, esta regulación –todavía muy parcial, como señalo– tiene y tendrá en el futuro más inmediato un escenario destacable: la integración en sociedades que cada vez son más heterogéneas, porque la integración abarca diversas dimensiones, como la social, la jurídica, la económica y la cultural.

Posiblemente, los flujos migratorios hacia España no se incrementen sustancialmente en los años próximos e, incluso, sean inferiores; pero la mayoría de las personas extranjeras que se hallan entre nosotros han venido para quedarse y es preciso que se realice su integración en derechos y en deberes.

B) La evolución normativa de la UE y su incidencia sobre este cambiante contexto migratorio

Resulta obligada en esta exposición hacer al menos una referencia a la Unión Europea (UE). Y resulta obligada por dos razones jurídicas y una política. Las jurídicas son:

1.ª La pertenencia de España a la UE.

2.ª La primacía del derecho de la UE sobre los derechos internos de los Estados miembros.

En cuanto a la razón política, se aduce con frecuencia que las reformas de nuestro ordenamiento en materia de extranjería obedecen a los compromisos adquiridos con la UE; a veces este argumento resulta exacto, pero en ocasiones se utiliza de modo inadmisible.

A partir del año 1999, la UE, tomando como punto de partida el Tratado de Ámsterdam, inicia el camino de la comunitarización de las políticas migratorias. En este proceso de comunitarización jugará un esencial papel el Acuerdo de Schengen, su Convenio de aplicación y las restantes decisiones adoptadas en la materia (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 (*DOUE* L 348, 24.12.2008, p. 97) y la propuesta de 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 el prof. A. Chueca ha afirmado que hoy la UE padece la enfermedad securitaria manifestada en el síndrome de las tres «R»: retorno, readmisión y repatriación [41].

Frente a todo ello, aparecen como totalmente insuficientes los esfuerzos homogeneizadores expresados en las Directivas sobre residentes de larga duración, reagrupación familiar y *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 [42].

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 UE no es el de cerrar las fronteras, sino el de regular y gestionar eficazmente los

(41) Ver su ponencia titulada «la política de inmigración de la UE en el Mediterráneo o el síndrome de las tres "R"», presentada en el *Simposio internacional* sobre «Migraciones internacionales en el Mediterráneo y la Unión Europea: un reto», celebrado en Córdoba los días 6-8 de noviembre de 2008 (en publicación).

(42) Iniciativas que no pasan de ese estadio puramente teórico.

flujos migratorios, la convivencia entre personas de distintos orígenes y culturas, respetando en todo caso el Sistema Universal y Regional de los Derechos Humanos. En la defensa de ese sistema estaremos activamente presentes como siempre lo estuvo lo mejor de la Abogacía española [43].

C) La nueva reforma de la LOEX

En el momento de finalizar este documento nos hallamos en un nuevo proceso de modificación de la Ley Orgánica de Extranjería. El motivo explicitado para esta nueva reforma sería cuádruple:

- En primer lugar la adecuación del texto legal a las sentencias del Tribunal Constitucional que resolvieron los recursos interpuestos contra la reforma LOEX 8/2000 [44]; y,
- En segundo término, la transposición al Derecho español de un importante número de Directivas adoptadas en el ámbito de la Unión Europea [45].
- Además, la nueva reforma materializa la conveniencia política de promover algunas reformas restrictivas en el ámbito de la reagrupación familiar.
- En cuarto lugar, se pretende prohibir las regularizaciones masivas y dejar tan sólo las regularizaciones individuales por la vía del arraigo.

Este proceso de reforma debiera servir de escenario de reflexión a todos los estamentos 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 con la persona como centro de su regulación y con la firme voluntad de reconocer y garantizar los Derechos Humanos de las personas migrantes [46].

Pero no es seguro que la reforma pretenda ese objetivo; de ahí que sus principales problemas hayan sido puestos de manifiesto –entre otras instituciones– por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española [47].

La Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía, tras haber recibido aportaciones de un buen número de Colegios de Abogados y de la Asociación Catalana de Profesionales de Extranjería (ACPE), hacía pública **una primera valoración del Anteproyecto** de Reforma de la Ley de Extranjería.

(43) Buena parte de las previsiones contenidas en la Directiva de retorno, como la duración desproporcionada de la detención, la ausencia de control judicial en determinados procedimientos, la generalización de la detención y la no preceptividad de la asistencia letrada chocan frontalmente con el contenido de los artículos 17, 20 a 24 de la Constitución Española, en la interpretación dada por la STC 115/1987 y la reciente jurisprudencia constitucional iniciada por la STC 236/2007, lo que nos lleva a pensar que generará una importante litigiosidad en el ámbito jurisdiccional español.

(44) Me refiero a las ya citadas SSTC 236/2007, de 7 de noviembre; 259/2007, de 19 de diciembre, y 260, 261, 262, 264 y 265/2007, de 20 de diciembre.

(45) Fundamentalmente, las disposiciones relativas al retorno de extranjeros, residentes de larga duración y *blue card*.

(46) El anuncio efectuado por el Gobierno de iniciar el camino tendente a la ratificación de la Convención Internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y el anuncio del estudio del reconocimiento de la elegibilidad activa y pasiva a nivel municipal a las personas migrantes debieran tener reflejo en esta anunciada reforma.

(47) Ver «La Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía ante el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Extranjería», 23 de febrero de 2009, en *http://www.intermigra.info/extranjeria/index.php*

En un análisis «esperanzadamente provisional», señalaba con carácter previo, el que el Gobierno haya cometido una contradicción tan flagrante con su ánimo declarado de diálogo y concertación con todas las fuerzas sociales implicadas, pues el proceso de elaboración del Anteproyecto ha venido presidido por un alto secretismo, sólo roto por algunas declaraciones públicas de detalle del Sr. Corbacho, que nunca se sabe si son proyectos, globos sonda o simples opiniones personales. Las explicaciones ofrecidas *a posteriori* no subsanan esa deficiente falta de diálogo que reclamamos.

Según la Subcomisión, esta falta de transparencia debería ser compensada con una apertura de miras y otro espíritu ante las aportaciones y propuestas de la sociedad civil, de la que los abogados formamos parte a veces muy directamente afectada.

La reforma es ciertamente más compleja de lo que a primera vista pueda parecer y, desde luego, mucho más de lo que el Gobierno ha querido dar a entender con sus informaciones a los medios de comunicación.

En efecto, se ha de tener muy en cuenta que más de 50 preceptos de los 71, que componen la vigente LOEX, son objeto de una nueva y profunda redacción, lo que exige un minucioso examen. A vuelapluma se puede señalar que la reforma contiene elementos de signo muy variado que podríamos interpretar como una voluntad de dar «una de cal y otra de arena».

Por eso la Subcomisión, frente a aspectos que se pueden calificar como «saludables con reservas» (derechos fundamentales, reagrupación familiar o las mayores garantías a dar a las víctimas de la trata de personas, entre otros), encuentra un buen número de «aspectos francamente rechazables» como la restricción de derechos sociales, la restricción del derecho a la educación o la reagrupación familiar de ascendientes menores de 65 años.

Causan especial preocupación la postulación procesal, el exceso sancionador, el trato a los menores no acompañados y la ampliación del internamiento.

Por lo que se refiere a **la postulación procesal (artículo 22 bis** del Anteproyecto), la exigencia de una postulación procesal especial a los extranjeros en la jurisdicción contencioso-administrativa hace que la tentación de seguir restringiendo derechos constitucionales básicos a los extranjeros en que no se ha caído en otros artículos se produzca aquí.

El Gobierno se alinea con las posturas más reaccionarias de la judicatura, que pretende restringir el derecho a la tutela judicial efectiva a los extranjeros –inamoviblemente reconocido como propio de la condición humana para toda persona–.

¿Por qué, si un español que quiere recurrir una multa o ser tutelado en una sanción grave sólo tiene que pedir un abogado al Colegio para que le defienda, mientras que un extranjero tiene que someterse, además, sin otro motivo y razón que ser extranjero, a un complejo y trabado procedimiento adicional de ratificación?, máxime cuando el extranjero en muchas ocasiones puede encontrarse fuera de España, y referir que ese procedimiento puede hacerse a través de los consulados es o de una ignorancia supina del estado de nuestros consulados en el exterior o de un cinismo inaceptable. Si no hay justificación para esa discriminación, la vinculación con el derecho a la tutela efectiva puede convertir la regulación en inconstitucional.

Desde luego, esta regulación contraviene claramente los tratados internacionales ratificados por España, que atribuyen ese derecho a todas las personas, sea cual fuere su nacionalidad y su situación migratoria. Además de recordar el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos

Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice expresamente en su artículo 14.1: *«Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia»*. La exigencia de una postulación procesal especial a los extranjeros viola esta norma, porque los discrimina.

Respecto al exceso sancionador, en segundo término, la Subcomisión observa que hay una excesiva percepción de criminalización en el texto de reforma de la Ley. Parece querer criminalizar a los empresarios que cometan el desafuero de contratar extranjeros: se carga sobre el empresario con obligaciones que en la inmensa mayoría de los casos proceden del mal funcionamiento de la Administración, y se incluyen infracciones de índole laboral de nuevo cuño que parecen no tener otro objeto que desincentivar una contratación que se ha revelado las más de las veces necesaria.

Por otro lado, existe una clara percepción de **«criminalización» del inmigrante 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, como el de riesgo de fuga, extraídos del Derecho Penal y que se contienen en la directiva europea de la vergüenza no hacen sino favorecer la criminalización de las personas por una mera situación de irregularidad documental.

El «control de la inmigración irregular» no es lo mismo que la «lucha contra la inmigración ilegal». Debemos 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.

Tal es así, y se advierte en el documento, que podemos llegar a confundir la lucha contra la inmigración ilegal con la «**lucha contra la inmigración**», como en un ¿lapsus? lo ha convertido el redactor del Anteproyecto gubernamental (pág. 5; párrafo 4º de la Exposición de Motivos).

En este sentido convendría la elaboración de un apartado de definiciones que aclarara sin ambigüedades la terminología de la norma.

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.

Respecto al trato a dar a los menores no acompañados, no se duda en incumplir Convenios Internacionales , sobre todo la Convención de los derechos del niño cuando, ante la comisión de ciertos delitos, se le trata con la misma dureza y rigidez que a los adultos y se le somete a una «obsesión por la expulsión» digna de otra causa. De esta forma, se atenta gravemente a la seguridad jurídica del menor, que podrá ser repatriado incluso después de tener su permiso de residencia.

Finalmente, la ampliación del internamiento a 60 días no debe ocultar que se pretende que además éste sea sistemáticamente por ese tiempo, eliminando la posibilidad expresa de autorizar internamientos menores. Ello refleja que en realidad el internamiento no se concibe como una medida cautelar, sino como un instrumento represivo más de castigo que les conviene endurecer. Lamentable operación de imagen por la que tendrán que pagar con su libertad miles de personas.

Desde luego, el principio de proporcionalidad (citado en el Anteproyecto) no despliega todos sus posibles beneficiosos efectos. Además, existe la posibilidad de suspender el cómputo del plazo de 60 días, lo que de hecho puede suponer la prolongación *sine die* del internamiento.

D) La actividad profesional de los abogados de extranjería en la actual situación de crisis económica: una reflexión hacia el futuro

No quisiera terminar estas líneas sin hacer una reflexión última acerca del nuevo contexto creado por la situación de crisis económica que ya condiciona, y seguirá condicionando sin duda alguna, el fenómeno de las migraciones internacionales y, desde luego, nuestra propia actividad profesional.

Tomando como contexto referencial el español, la llegada de personas, si bien ralentizada, continúa y quizás continúe durante bastante tiempo, superando el número de salidas, al menos en lo que respecta a personas provenientes de países no integrados en el Espacio Económico Europeo (EEE).

Por otra parte, el flujo de embarcaciones irregulares, pateras y cayucos, parece haber disminuido, sobre todo como consecuencia de acciones individuales españolas y colectivas de la UE (FRONTEX), aunque habrá que esperar a los próximos meses de verano para comprobar si la tendencia se consolida. En cualquier caso, las tragedias humanas que cotidianamente se provocan en las aguas marinas, sobre las cuales España ejerce soberanía o jurisdicción, no parece que vayan a finalizar a corto o medio plazo.

Los retornos voluntarios o forzados han aumentado ligeramente, si bien debe admitirse que no resultan significativos al menos en el grupo de personas provenientes de países no del EEE.

Tampoco conviene olvidar otro dato trascendente: las noticias que llegan de la situación socioeconómica del continente asiático y particularmente de China dejan entrever la probable próxima existencia de importantes movimientos migratorios regionales e internacionales en y desde esa zona del mundo.

En todo caso, como señalé con anterioridad, la cifra de población inmigrada, cerca de 4 millones de personas, es lo suficientemente significativa para que las políticas de integración continúen siendo una notable prioridad. Estamos hablando de una integración en derechos y en deberes. Por eso resulta imprescindible que los inmigrantes tengan un correcto conocimiento de los mismos en el Estado de acogida.

Si las políticas de integración fracasan, podemos asistir a importantes brotes de xenofobia y racismo que deriven en acontecimientos de confrontación social poco deseables para nadie; máxime si tenemos en cuenta que las cifras de irregularidad pueden verse incrementadas en los próximos meses como consecuencia de una crisis económica aguda que en muchos casos impide la estabilidad de los permisos residenciales y de trabajo.

Incluso es posible que estemos asistiendo ya a un recrudecimiento del discurso racista y xenófobo a través de Internet. Si es así, la lucha contra esas conductas resulta a veces más complicada. En esta materia juegan un papel de primer orden las normas internacionales, sobre todo la Convención sobre la cibercriminalidad, de 23 de noviembre de 2001, y su Protocolo adicional relativo a la penalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos a través de sis-

temas informáticos, de 28 de enero de 2003, tratados internacionales ninguno de los cuales ha sido ratificado por España.

Por otro lado, en estas circunstancias de crisis socioeconómica se incrementa el riesgo de crear presuntos agravios comparativos en contra de los nacionales; la creación de tales presuntos agravios puede realizarse mediante las llamadas «leyendas urbanas», que se difunden con facilidad y calan en un sector significativo de la población. Este riesgo puede ser explotado hábilmente por quienes de un modo u otro luchan contra todo tipo de inmigración.

Debemos tomar plena conciencia de que la xenofobia y el racismo (ahora más o menos latentes en nuestras sociedades europeas) sólo pueden ser combatidos en tiempo de crisis con fuertes dosis de generosidad y solidaridad, que deben exigirse a todos los sectores sociales, así como también deben transmitirse a todos ellos. En este sentido la reciente noticia de la rebaja en un 30 por 100 de la partida presupuestaria en integración aprobada en el Ministerio de Trabajo e inmigración resulta ciertamente preocupante, a pesar de que en posteriores declaraciones ministeriales se pretenda reconocer la necesidad de corregir esa decisión.

En los próximos meses, la situación social pondrá sin duda a prueba el carácter más o menos democrático de nuestras sociedades y la solidez de nuestro Estado social y democrático de derecho.

Para quienes pensamos que el derecho debe ser la plasmación de la ley del más débil [48] serán tiempos difíciles en los que deberemos asistir a fuertes tensiones sociales; en estos tiempos no será extraño que algunos medios y entornos hagan aparecer a las personas migrantes como el chivo expiatorio de muchos de los males que atraviesan nuestras sociedades; ello sucedió en el pasado y hoy corremos el nada teórico riesgo de que vuelva a suceder.

En todos estos años, la Abogacía española ha expresado su decidida y clara vocación de defensa de los Derechos Humanos de todas las personas, independientemente de su nacionalidad o su estatuto administrativo, o de su estatus migratorio regular o irregular. La clave de su actuación en materia migratoria ha estado siempre en combatir la discriminación.

Para ello hemos partido y partimos 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 de las que hablábamos. 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.

Mientras caminamos en la mencionada dirección somos conscientes de que en esta materia estamos defendiendo un verdadero *ius humanitatis;* a su reconocimiento y a la protección efectiva de los Derechos Humanos de todos y todas seguiremos dedicando con intensidad nuestro trabajo profesional e intelectual [49].

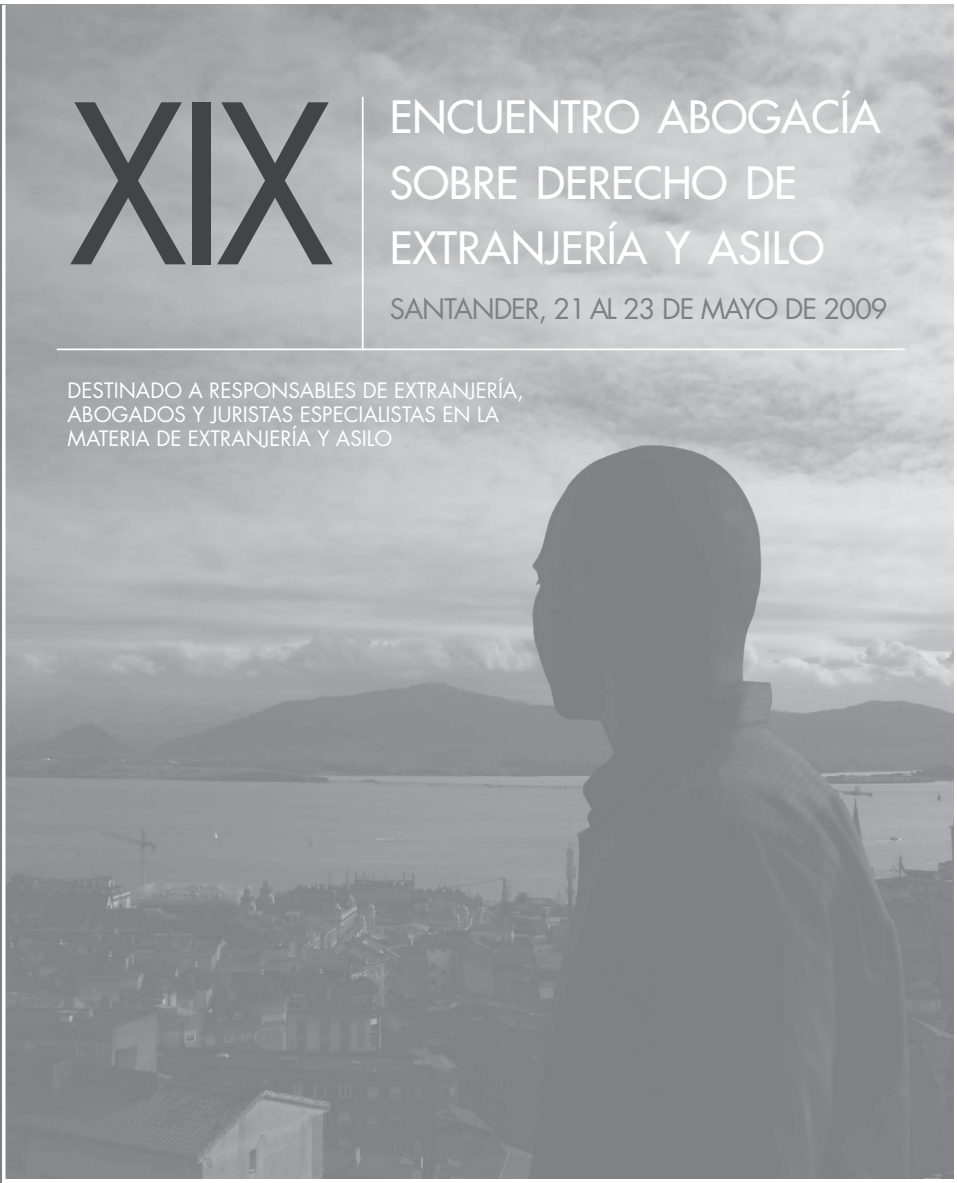
(48) Citamos aquí al profesor Ferrajoli: «La ley del más débil», Edit. Trotta.

(49) En este sentido, debo recordar que el CGAE, en ejercicio del Derecho de Petición, solicitó en el año 2006 ante el Gobierno de la Nación, el Congreso de los Diputados y el Senado la ratificación de la mencionada Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. En el verano de 2008 saludamos la iniciativa gubernamental de iniciar el camino tendente a la ratificación de la Convención y el anuncio del estudio del reconocimiento de derechos políticos a las personas migrantes.

XIX ENCUENTRO ABOGACÍA SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO

SANTANDER, 21 AL 23 DE MAYO DE 2009

DESTINADO A RESPONSABLES DE EXTRANJERÍA, ABOGADOS Y JURISTAS ESPECIALISTAS EN LA MATERIA DE EXTRANJERÍA Y ASILO



CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA
Subcomisión de Extranjería

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE **CANTABRIA**

GOBIERNO de CANTABRIA

XIX Encuentro Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

II



21 DE MAYO, JUEVES

09:30 h. Entrega de documentación y acreditaciones.

10:00 h. **APERTURA DEL ENCUENTRO**

Excmo. Sr. D. Jesús Pellón Fernández-Fontecha, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria.
Excmo. Sr. D. Carlos Carnicer Díez, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española.
Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño, Presidente del TSJ de Cantabria.
Excmo. Sr. D. Agustín Jesús Ibáñez Ramos, Delegado del Gobierno en Cantabria.
Ilma. Sra. D.ª Marta Rodríguez-Tarduchy, Directora General de Inmigración.

11:30 h. Pausa café.

12:00 h. **PONENCIA**

LA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA.

PONENTE: D. José Alarcón, Asesor de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

MESA REDONDA

LA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA Y DE LA LEY DEL ASILO.

INTERVINIENTES:
D.ª Maricela Daniel, Representante del ACNUR en España.
D. Javier de Lucas Martín, Presidente de Comisión Española de Ayuda al Refugiado.
D. Pascual Aguelo Navarro, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y Presidente de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.
PRESIDENTE DE MESA: Excmo. Sr. D. Jesús Pellón Fernández-Fontecha, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria.
SECRETARIO DE MESA: D. José Luis Rodríguez Candela, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

14:00 h. Almuerzo.

16:00 h. **MESAS DE TRABAJO**

EFECTOS DE LA REFORMA EN EL RÉGIMEN SANCIONADOR Y EN EL ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

INTERVINIENTES:
Exmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
Ilmo. Sr. D. José Ignacio López Cárcamo, Juez-Magistrado del Juzgado Contencioso-Administrativo nº Dos de Santander.
PRESIDENTA DE MESA: Excma. Sra. D.ª Victoria Ortega Benito, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria y Consejera del Consejo General de la Abogacía Española.
SECRETARIA DE MESA: D.ª Josefa Gutiérrez Mangas, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA DE LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA. REVISIÓN PRÁCTICA DE QUIÉNES SON SUS DESTINATARIOS.

INTERVINIENTES:
D.ª Gloria Bodelón Alonso, Subdirectora General de Nacionalidad y Estado Civil.
D.ª Aurelia Álvarez Rodríguez, Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.
PRESIDENTE DE MESA: Excmo. Sr. D. José Vicente Mediavilla Cabo, Consejero de Presidencia y Justicia de Cantabria.
SECRETARIO DE MESA: D. Marcelo Belgrano Ledesma, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

RETOS CANDENTES DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA.

INTERVINIENTES:
D. Gil José González, Subdirector General de Asuntos de Extranjería del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.
D.ª Cristina Olmedo Bernal, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y coordinadora jurídica de Red Acoge.
D.ª Sara Iglesias Sánchez, Investigadora de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
PRESIDENTA DE MESA: D.ª Gloria Gurría Flores, Directora del Área de Trabajo e Inmigración de la Delegación del Gobierno en Cantabria.
SECRETARIA DE MESA: D.ª Lourdes Etxebarria Zudaire, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

20:30 h. **RECEPCIÓN DEL ILMO. SR. D. ÍÑIGO DE LA SERNA HERNAIZ, ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE SANTANDER, A LOS ASISTENTES AL ENCUENTRO.**

22 DE MAYO, VIERNES

09:30 h. **PONENCIA**

DERECHO MIGRATORIO INTERNACIONAL: Los Derechos Humanos de los Migrantes. Garantías y protecciones jurídicas ante su vulneración. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PONENTE: D. Leonardo Alberto Franco, Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
PRESIDENTE DE MESA: Exmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
SECRETARIO DE MESA: D. Javier Monzón García, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas de Gran Canaria y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

11:30 h. Pausa café.

12:00 h. **MESAS DE TRABAJO**

NUEVO DERECHO MIGRATORIO EUROPEO: Retroceso en la Europa social, democrática y de Derecho. Exigencia de un nuevo enfoque profesional desde la abogacía.

INTERVINIENTES:
D. Ángel G. Chueca Sancho, Profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de Zaragoza, Acreditado como Catedrático de Universidad.
D.ª Antonia Moyano Mata, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y Presidenta de la Asociación de Abogados Europeos de Inmigración y Extranjería (ABEDIE).
D. Enrico Varali, dell´Ordine degli Avvocati di Verona, miembro de Avvocati di Strada, y de la Asociación de Abogados Europeos de Inmigración y Extranjería (ABEDIE).
Representantes de Colegios de la Abogacía Europea (CCBE).
PRESIDENTE DE MESA: D. Carlos Soto Mirones, Vicedecano del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria.
SECRETARIO DE MESA: D. Iñaki Almandoz Ríos, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Guipúzcoa; y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

XIX Encuentro Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

II



EFECTOS LABORALES DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN LA UNIÓN EUROPEA.

INTERVINIENTES:

D.ª Pilar Charro Baena, Profesora del Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad Juan Carlos I de Madrid.

D.ª Sara Iglesias Sánchez, Investigadora del Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid.

PRESIDENTA DE MESA: D.ª Lourdes López Cumbre, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Directora del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Cantabria.

SECRETARIA DE MESA: D.ª Sonia Martínez Albiñana, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Lérida y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO MIGRATORIO: Derecho de Familia. Ley aplicable. Acceso a la tutela judicial efectiva. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Reconocimiento de decisiones extranjeras en España. Cooperación Judicial.

INTERVINIENTES:

Ilmo. Sr. D. Lorenzo Álvarez de Toledo-Quintana, Juez-Magistrado del Juzgado de lo Penal Número Uno de León y Profesor asociado de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León.

D.ª María Pilar Canedo Arrillaga, Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Derecho de Deusto.

D. Andrés Rodríguez Benot, Profesor de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla.

PRESIDENTA DE MESA: D.ª Aurelia Álvarez Rodríguez, Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

SECRETARIA DE MESA: D.ª Isabel Gómez Reyes, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

16:00 h. **MESAS DE TRABAJO**

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO MIGRATORIO (2.ª PARTE): SUPUESTOS PRÁCTICOS.

INTERVINIENTES:

Ilmo. Sr. D. Lorenzo Álvarez de Toledo-Quintana, Juez-Magistrado del Juzgado de lo Penal Número Uno de León y Profesor asociado de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León.

D. Manuel de Lorenzo Segrelles, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia y profesor asociado de Derecho Internacional Privado de la Universidad CEU-Cardenal Herrera.

D. Gustavo Fajardo Celis, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y de AESCO (Asociación Española-Colombiana).

PRESIDENTA DE MESA: D.ª Aurora Hernández Rodríguez, Profesora contratada y Doctora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Cantabria.

SECRETARIA DE MESA: D.ª Margarita Palos Nadal, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Islas Baleares y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

MECANISMOS INTERNACIONALES PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS MIGRANTES.

INTERVINIENTES:

D.ª Concepción Escobar Hernández, Jefa de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.

D.ª María del Rosario Ojinaga Ruiz, Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Titular de la Cátedra "Jean Monnet" de Derecho Comunitario y la Unión Europea de la Universidad de Cantabria.

PRESIDENTA DE MESA: D.ª Isabel Gandarillas López-Pasarín, Abogada y Diputada 7.ª de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria.

SECRETARIO DE MESA: D. Antonio Zapata Navarro, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Melilla y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

ENCUENTRO INTERCOLEGIAL DE LOS RESPONSABLES DEL TURNO DE OFICIO DE LA ESPECIALIDAD DE EXTRANJERÍA DE TODOS LOS COLEGIOS DE ABOGADOS DE ESPAÑA, EN EL QUE SE TRATARÁN, ENTRE OTROS, LOS SIGUIENTES TEMAS:

- **Exposición de la identidad y retos de la especialidad y del turno de oficio especial de extranjería.**
- **Problemas con la postulación y el acceso del justiciable a la tutela judicial efectiva.**
- **Presentación de protocolos de actuación.**

PONENTE: D. Pascual Aguelo Navarro, Abogado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y presidente de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

PRESIDENTA DE MESA: D.ª Ana María Uría Pelayo, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

SECRETARIOS DE MESA: D. Jesús Medina Serrano, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Ciudad Real y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE, y D. José Ignacio Rodríguez Rodríguez, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

18:30 h. **MESA-REDONDA**

CUANDO ME MIRAS, ¿QUE VES? DEBATE ENTRE ABOGADOS Y PERIODISTAS SOBRE CÓMO LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN TRATAN LOS TEMAS DE INMIGRACIÓN.

PRESIDENTE DE MESA: D. Francisco Solans Poyuelo, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia y vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

SECRETARIA DE MESA: D.ª Laura Nuño del Campo, Departamento de Comunicación del Consejo General de la Abogacía Española.

20:15 h. **CLAUSURA DEL ENCUENTRO**

Excma. Sra. D.ª Victoria Ortega Benito, Consejera del Consejo General de la Abogacía Española.

Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Revilla Roiz, Presidente del Gobierno de Cantabria.

Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Palacio García, Presidente del Parlamento de Cantabria.

Excmo. Sr. D. Jesús Pellón Fernández-Fontecha, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria.

Sr. D. Pascual Aguelo Navarro, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y Presidente de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

22:15 h. **CENA DE GALA.**

23 DE MAYO, SÁBADO

10:30 h. **EXPOSICIÓN Y DEBATE DE LAS CONCLUSIONES DEL ENCUENTRO.**

LUGAR: Centro de Acción Social y Cultural de Caja Cantabria, calle de Tantín, n.º 25 (Santander).

Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 15 de octubre de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 106/2008.
Ponente: Doña Ana M.ª Sangüesa Cabezudo.
Voz: Denegación de asilo. Nacional de Nigeria. Relato inverosímil.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente quien, además de encontrarse indocumentado, aportó un relato ausente de elementos que permitan deducir una persecución política contra él.

«La Sentencia que es objeto de recurso de apelación aceptó las razones ofrecidas por la Administración en la resolución administrativa combatida, en atención a la fundamentación que a continuación exponemos, considerando que la resolución de inadmisión era conforme a derecho: "toda vez que el actor no acredita, ni tan siquiera indiciariamente, a través de su declaración (...), una persecución por motivos políticos, étnicos, sociales o religiosos de carácter individualizado, tal como exige la Jurisprudencia del Tribunal Supremo,..., máxime teniendo en cuenta que su padre, al que se refiere aquélla, no denuncia los hechos alegados por el demandante. Pero es más, el actor, que se encuentra indocumentado, (...), no interesó la asistencia de Abogado, con lo que ninguna indefensión del artículo 24.1 de la Constitución puede apreciarse en el actuar administrativo llevado a cabo respecto del cual procede la confirmación del acto administrativo impugnado, por ser ajustado a derecho, en desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto, pues tampoco el ACNUR, en su informe (...), le es favorable al interesado, el que, por lo demás, no presenta ni tan siquiera en la descripción de los hechos que narra respecto de la persecución alegada un relato congruente, no existiendo el partido político que indica en su país de origen, como pone de relieve el instructor....".

En el presente caso el apelante argumenta en su solicitud la realidad de su país, su situación personal por ser hijo de un funcionario público y verse amenazado por la oposición política del país, y por último su nivel de estudios evidencia que la huida del país es humanitaria.

(...).

Del expediente administrativo se desprende que el ahora apelante solicitó asilo el día 10 de enero de 2007, alegando que había llegado a Barcelona en barco el día 18 de diciembre de 2007. En su relato hacía constar que vivía en Delta State con sus padres, siendo hijo único; Su padre —decía— era funcionario del Gobierno de Nigeria y vivían en unas viviendas gubernamentales. El solicitante alegaba haber terminado la enseñanza secundaria iniciando sus estudios universitarios. No obstante, por culpa de su padre, la gente de la oposición iba todos los días a presencia de su padre y le amenazaban con matearle a él y a su familia. Su padre tenía protección, pero la situación era muy mala y su padre temía por su vida y la del solicitante. Un día que el solicitante estaba en la escuela atacaron las viviendas gubernamentales donde vivían y sus padres tuvieron que huir a otro Estado. Los atacantes eran gente del partido MDP. Quemaron su casa y no quedó nada. Sus padres huyeron a Abuja, la capital; el solicitante huyó al puerto, tomó un barco sin saber su destino, y llegó a Barcelona, donde una persona le dijo que viniera a Madrid.

El Instructor del expediente consideró que el relato era manifiestamente inverosímil, en razón de su incoherencia: así, consideró incoherente que la gente de la oposición vaya todos los días a su casa a amenazar al padre y al hijo, o que quemen las casas

gubernamentales, sus padres huyan a Abuja y el solicitante vaya al puerto y se meta en un barco sin saber su destino, dado que los más lógico hubiera sido irse a la capital con sus padres. El partido al que dice pertenecer su padre es inexistente, según la información que se incorpora al expediente.

El solicitante afirma haber salido de Nigeria el 2 de diciembre de 2006 pero tiene una reseña policial en España de 18 de noviembre de 2003, manifestando entonces ser Blackky Jonson natural de Liberia.

El ACNUR no mostró descuerdo con la propuesta de inadmisión de la Oficina de Asilo y Refugio.

(...).

En efecto, las razones que se ofrecen en el expediente son suficientemente expresivas, y evidencian una valoración de las circunstancias del caso de acuerdo con máximas de experiencia. En suma el relato se muestra ausente de elementos que permitan establecer que pudiera existir una persecución política, a lo que se ha de añadir que el interesado cuenta con una reseña policial con una identidad distinta, sobre lo que ninguna explicación ofrece, y viene a abundar las razones que avalan el juicio de inverosimilitud».

«El promovente nada ha acreditado, ni directa ni indiciariamente, sobre la realidad de una persecución personal encuadrable en el régimen jurídico de asilo y en ese orden la Sala asume plenamente el tenor del informe de la instrucción obrante en el expediente.

(...) El solicitante no presenta ningún documento acreditativo de su identidad sin que del contenido del expediente se desprenda motivo alguno que justifique suficientemente dicha carencia.

Por otro lado ha presentado su solicitud bajo una identidad que podemos razonablemente dudar. (...), el interesado fue interceptado en nuestro país provisto de un billete de avión y un pasaporte de Francia, que según consta en el Informe técnico de la DG de la Policía, Puesto Fronterizo del aeropuerto de Madrid-Barajas está falsificado por sustitución de la fotografía. En dicho documento consta llamarse Mondaoko Boma nacido en Mbuyimayi el 1 de abril de 1975.

Sin embargo, en su solicitud de asilo dice llamarse Silvio nacido el 13 de febrero de 1973 en Kinshasa (RDC), sin aportar ningún elemento que permita considerar establecida dicha identidad y nacionalidad —que también podría dudarse—.

(...) El relato del solicitante resulta sumamente genérico, impreciso y falto de contenido informativo, además resulta inverosímil, tal y como lo formula el solicitante y según la información disponible sobre el que dice ser su país de origen y la recogida en el expediente, de tal forma que no puede considerarse que el solicitante haya establecido suficientemente la veracidad de tal persecución y sin que del expediente se deduzcan otros elementos que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

El solicitante alega que sus padres murieron y vivía con su tío, que había sido consejero de Mobutu y también de Kabila. Según relata, el 17 de enero de 2001, tras el asesinato de Kabila, se enteró de que habían detenido a su tío y a sus hermanos debido a que el comandante Eddy Kappend sospechó que su

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 17 de octubre de 2008.
Recurso de Casación: 4062/2005.
Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.
Voz: Denegación de asilo. Nacional de RD Congo. Relato excesivamente genérico.
Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó el reconocimiento del derecho de asilo. El relato aportado resulta sumamente genérico, impreciso y falto de contenido; asimismo, el interesado no presentó ni un solo elemento que permita considerar establecida ni su identidad ni su nacionalidad.

tío tenía que ver con el golpe y la muerte de Kabila. Por este motivo decidió huir, nada menos que caminando hasta Lubumbashi (a unos 1000 km de Kinshasa), en donde dice haber permanecido un tiempo hasta que abandonó el país.

Hay que señalar que el relato resulta inverosímil por no decir incongruente ya que no se entiende que su familia fuera detenida por las sospechas de Edy Kapend, nada menos que el principal inculpado en la muerte de Laurent Kabila. Por supuesto tampoco se entiende que en el caso de que su tío hubiera sido sospechoso se detuviera a los hermanos menores del solicitante ni que éste tuviera ningún problema de persecución personal y concreta derivada de este asunto.

Por otro lado la información disponible sobre el país de origen muestra el estado de las investigaciones y de las actividades judiciales derivadas del asesinato de Kabila sin que se tenga constancia de que el solicitante haya sido una de las personas inculpadas en este proceso.

Hay que señalar que las alegaciones mencionadas resultan incongruentes y están plagadas de ambigüedades e inexactitudes. En definitiva, esta instrucción no otorga credibilidad al relato el solicitante. En este sentido hay que señalar que es frecuente que los solicitantes encuadren su relato dentro de un marco de circunstancias que resultan verosímiles dentro de la información del país de origen —el asesinato de Kabila y las detenciones en el entorno de su escolta— sin, que ello signifique que el solicitante haya padecido en primera persona los problemas alegados.

En el caso concreto del solicitante podemos decir que no queda establecido ni tan siquiera indiciariamente. El solicitante no presenta ni un solo elemento que permita considerar establecida ni su identidad ni nacionalidad —que podría dudarse—. Por otro lado, las irregularidades detectadas en el relato no nos permiten otorgar credibilidad a las circunstancias concretas en que el solicitante basa su relato de persecución. Además de sus alegaciones parece quedar establecido que el solicitante proviene de otros países en donde podría haber encontrado protección eficaz tales como Zambia, Zimbabwe y Sudáfrica (suponiendo que, realmente, la precisara).

En cuanto a la situación del país de origen, esta instrucción se remite a los informes relativos a la situación del país y, muy en concreto al informe elaborado por UNHCR en octubre de 2003 "International Protection Cosiderations Regarding Asylum Seekers and Refugees from the Democratic Republic of the Congo" en el que se pone de manifiesto la situación del país al que ni siquiera el interesado acredita pertenecer.

No presenta ningún elemento probatorio de los hechos o circunstancias constitutivos de la persecución alegada.

Ha tenido oportunidad de solicitar protección en otros Estados —Zambia, Zimbabwe y Sudáfrica— con anterioridad a la presentación de su solicitud en nuestro país, no habiéndole hecho así, por lo que puede razonablemente dudarse de la necesidad de la protección demandada».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 20 de octubre de 2008.
Recurso de Casación: 3658/2005.
Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.
Voz: Denegación de asilo: nacionales de Bielorrusia. Relato genérico.
Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por los recurrentes contra la resolución por la que se les denegó el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo en España. Son evidentes las inexactitudes e imprecisiones en que incurre su relato así como las carencias y la falta de relevancia probatoria de la documentación aportada.

«En la solicitud de asilo presentada el 17 de octubre de 2000 el Sr. Evaristo aquí demandante alegaba,

en síntesis, que en 1992 fue despedido de su trabajo por su vinculación con la oposición democrática y tuvo que dedicarse a negocios privados porque no lo aceptaban en otros puestos debido a la anotación puesta en su expediente personal; en 1993 registró su empresa "Neofit" dedicada a la compraventa y que proporcionaba muchas ganancias de las que una parte ingresaba en el Frente Popular de Vitebsk; por ello la empresa fue pronto cerrada y aunque intentó protestar en los juzgados no encontró justicia. En 1998 fue aceptado oficialmente como miembro Frente Popular de Bielorrusia. Participó en mítines de protesta y fue varias veces detenido y torturado, le golpearon con porras y en una ocasión el juez instructor lo golpeó con un reloj de arena porque no quería firmar una autoinculpación. Una vez puesto en libertad contó en un acto público lo sucedido y su discurso llamó la atención. A partir de ahí empezaron las detenciones no oficiales en la que lo llevaban a lugares apartados y le golpeaban; en una ocasión le rompieron la nariz. Le exigían que rectificase sus declaraciones y comenzaron a presionarlo a través de su familia. En una ocasión un individuo cogió a su hijo de tres años y, diciéndole a él que era la última advertencia, empujó al niño por unas escaleras causándole heridas por las que le dieron cinco puntos de sutura. Días después desde la delegación del Frente Popular en Vitebsk le avisaron de que estaba en la lista negra de la "Belaya estrela", organización formada por ex-funcionarios del KGB y miembros de la mafia que mata por encargo y extorsiona. Sus compañeros le ayudaron a salir de allí, marchando primero a Moscú y luego a Barcelona (...).

(...).

(...) la sentencia de instancia reprochó a la parte demandante no haber siquiera intentado rebatir las consideraciones expuestas por la instructora del expediente en su extenso informe desfavorable a la concesión del asilo, que sirvió de base para la decisión de la Administración. Pues bien, ya en casación la parte recurrente persiste en su equivocada línea argumental, pues se remite de nuevo a lo relatado al pedir asilo y formula consideraciones genéricas sobre esta institución, pero no dedica el menor razonamiento a desvirtuar aquel informe de la instrucción, que ha servido de base a la sentencia recurrida».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 20 de octubre de 2008.
Recurso de Casación: 2614/2005.
Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.
Voz: Denegación de asilo. Nacionalidad colombiana. Relato contradictorio.
Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la solicitud de asilo. Se narra una persecución por agentes no estatales, sin que haya acreditado la no posibilidad de protección interna y con muy serias dudas acerca de la veracidad del relato aportado..

«En el caso de autos, el recurrente, de nacionalidad colombiana, entró en España vía aérea el 15 de marzo de 2001. En el relato de persecución, tal y como fue inicialmente formulado, se hace constar su condición de trabajador del vidrio y su desplazamiento por tal motivo el 25 de diciembre de 2000 a una finca en Cauca, cerca de Cali, junto con otros dos compañeros. Se afirmó que llegaron unos hombres armados que les llevaron en coche con los ojos vendados y andando a un lugar que ignora, liberando a él y a Edurne pero llevándose a su amigo que apareció asesinado al día siguiente. Se reconoció que dichos hombres armados no se identificaron como guerrilleros de las FARC aunque el hoy recurrente afirmó que supo tal condición por el hecho de que el cadáver de su amigo presentaba un escrito que decía "por informante de los paramilitares". Narra el recurrente que a partir del 30 de diciembre de 2000 comenzaron las amenazas mediante llamadas telefónicas a su domicilio requiriéndole para que suministrara información, sin que en ningún momento llegara a saber de qué información en concreto se trataba.

Asilo

Son de reseñar las contradicciones detectadas entre el relato del recurrente y el ofrecido por su compañera Edurne, que solicitó asilo el mismo día ya que se desplazaron juntos a España, contradicciones (...) sobre las que no se hace pronunciamiento alguno en la demanda.

Por otro lado es de destacar que pese a toda la documentación de la que se proveyó el recurrente de cara al reexamen de la inicial inadmisión a trámite de su solicitud de asilo, en ningún caso se presentó ante las autoridades españolas la supuesta denuncia por el secuestro del que fue objeto, aunque en el documento relativo a la Respuesta al Derecho de Petición datado el 8 de marzo de 2001 (...) se hacía referencia literal a la indagatoria del recurrente por estos hechos, ofreciendo un relato que también presenta contradicciones con el inicialmente suministrado en el expediente de asilo (en este relato recogido dentro de la Respuesta al Derecho de Petición el recurrente venía a afirmar que los secuestradores les dijeron que eran de las FARC, y que les iba a interrogar un tal comandante "Camacho" (al solicitar asilo habla de un interrogatorio por un tal comandante "Polo" y que no les dijeron que eran de las FARC). Igualmente en la denuncia por las supuestas amenazas de muerte que venía sufriendo (folio 6.5 del expediente) no se hace referencia alguna a la solicitud de información por parte de las FARC sino a la imputación de ser pioneros de la contrainsurgencia en el Municipio de Cauca y su implicación en muertes.

A estas contradicciones hay que unir que tanto los documentos que supuestamente tienen origen en el recurrente (denuncia por amenaza de muerte) como los que supuestamente tienen origen en la policía colombiana (...) son sospechosamente coincidentes en tamaño y tipo de letra, así como en el espacio entre caracteres, espacio entre palabras e interlineados unido a que el supuesto panfleto de amenaza (...) cuyo origen se centra en las FARC presenta un sello que no es el propio de esta organización. Todas estas peculiaridades formales de los documentos aportados, también destacadas en el informe del instructor, no son objeto de tratamiento alguno en la demanda.

Igualmente es de destacar que el recurrente obtiene el pasaporte el 20 de febrero de 2001, en esta misma fecha adquiere el billete de avión (...), por tanto escasas fechas antes de su desplazamiento a España, y antes incluso de que le supuestamente le contestaran las autoridades colombianas a su denuncia y solicitud de información ya que tal contestación está datada el 8 de marzo de 2001 (pese a que en su solicitud de asilo dice haber decidido abandonar el país tras que la policía le dio un papel en el que le decía que los causantes eran las milicias urbanas del frente 45 de las FARC, lo que constituía el contenido de la respuesta a su derecho de petición).

En conclusión, se narra una persecución por agentes no estatales, sin que se haya acreditado la no posibilidad de protección interna y con muy serias dudas acerca de la veracidad del relato y de la autenticidad de la documentación presentada para avalar la persecución».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 22 de octubre de 2008.
Recurso de Apelación: 133/2008..
Ponente: Doña Ana María Sangüesa Cabezudo.
Voz: Denegación de asilo: Sudán. Relato inverosímil.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente, quien, además de encontrarse indocumentado, exponía un relato de persecución religiosa contradictorio que además reflejaba un desconocimiento total de su país, Sudán.

«La sentencia que es objeto del presente recurso de apelación desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido frente a mencionada resolución, por considerar que el demandante se asilo se había atribuido una determinada nacionalidad con el objeto de dotar de credibilidad a su relato. En este, decía el Juzgador *a quo*, el demandante expo-

nía un relato de persecución religiosa, en razón de sus creencias cristianas; y así, alegaba que era perseguido por los musulmanes, y que pertenecía a una familia de granjeros de Darfur del sur, zona afectada por la actividad de los rebeldes Janjaweed, grupo rebelde que se había levantado en armas en 2003, persiguiendo a la población africana negra y, en especial, a los cristianos católicos. En particular, señalaba, según el relato de hechos que refiere la sentencia, que un día de septiembre de 2003, al volver de la granja, vio cómo su casa había sido incendiada con sus padres dentro, a los que había encontrado muertos y desfigurados por las quemaduras. No obstante, del relato y de la información obrante en el expediente administrativo, "se deduce que se ha atribuido una nacionalidad que no es la suya para, con tal fin, dar credibilidad a su relato, por lo que las alegaciones que hizo resultan inverosímiles, no pudiendo deducirse de dicho relato que haya sufrido la persecución alegada (...) En efecto, dijo ser de Darfur y hablar una lengua materna que no sabe cuál es, así como habla inglés, que no es la lengua hablada en Sudán, país del que dice ser, así como dice vivir en Aiama, localidad que no consta, ofreciendo como su dirección en Darfur una calle en inglés que no existe, aparte de que, a preguntas que le fueron hechas, a algunas respondió y a otras, como los ríos o las lenguas habladas las respuestas que dio no coincidían con lo que realmente existe en Darfur".

(...).

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que la apreciación y valoración que efectúa la sentencia del relato expuesto por el solicitante de asilo y demás datos que obran en el expediente, se ajusta a derecho. En efecto, consta en el expediente que a la vista del relato expuesto por el interesado —el cual se encontraba indocumentado— se llevó a cabo un cuestionario referente a Sudán, en el que la mayoría de las preguntas no pueden ser contestadas, lo que denota un desconocimiento del país de origen, en particular en cuestiones básicas, como las lenguas, las etnias, denominación de montes y ríos etc. Por lo tanto, a la vista de todo ello, debe entenderse que el relato era inverosímil, tal y como concluye la sentencia de instancia, confirmando el acto administrativo impugnado».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 22 de octubre de 2008.
Recurso de Apelación: 95/2008.
Ponente: Doña Ana Martín Valero.
Voz: Asilo: inadmisión a trámite. Nacional de Gambia: problemas económicos.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmite a trámite su solicitud de asilo. Del relato no se desprende, siquiera indiciariamente, la existencia o el temor de una persecución individualizada por razones políticas, religiosas o sociales, sino que alude a problemas económicos que no guardan ninguna relación con la institución del asilo.

«Octavio interpone recurso de apelación (...) contra la resolución de la Directora General de Política Interior, por delegación del Ministro del Interior de fecha 27 de octubre de 2006, que inadmite a trámite su solicitud de asilo en España. La Sentencia se basa, para desestimar el recurso, en el propio relato del recurrente, que confirma la falta de razones para apreciar indiciariamente la existencia de una persecución que está en la base de toda demanda de asilo, puesto que declara que las razones y motivos que le mueven a salir de Gambia y solicitar asilo son todas ellas de índole económica.

En el escrito de apelación considera (...) que en la solicitud de asilo no se alega ninguna de las causas establecidas en la Convención de Ginebra. Manifiesta que si de su relato se interpreta que la razón fundamental para salir de su país de origen es la de índole económico es justamente por la forma de cómo quiere explicar las razones que han desatado la violencia e inseguridad en su país de origen; esto es la pobreza en la que vive toda la sociedad en Gambia, lo que desde luego le afecta personalmen-

Asilo

I

te, pues ante tal situación no tenía otra alternativa que abandonar su país. Añade que en la fase previa de admisión a trámite de la solicitud de asilo no es necesaria una prueba plena y, por tanto, estando acreditada aunque sea indiciariamente la persecución sufrida, procede admitir su solicitud.

(...) Al respecto, hay que tener en cuenta que las alegaciones formuladas por el actor en el expediente administrativo se fundaban exclusivamente en la falta de recursos económicos de su familia que se dedicaba a la agricultura y se encontraba en la pobreza, razones por las cuales decidió emigrar a Europa en busca de trabajo para sacar a su familia de la extrema pobreza en la que viven.

Por tanto, de dicho relato no se desprende, siquiera indiciariamente, la existencia o temor de una persecución individualizada por razones políticas, religiosas, sociales, étnicas etc., pues alude a problemas de tipo económico, sin relación con alguna de las razones determinantes de la protección que otorga la institución del asilo.

De ello se deduce que la solicitud no se fundamenta en una persecución incardinable en las previsiones del artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo y Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado sino en circunstancias económicas, tratándose así de un inmigrante de esta naturaleza, y, por tanto, la regularización de su situación en España ha de realizarse en el ámbito de la legislación general de extranjería y no a través de la figura del asilo».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 22 de octubre de 2008.
Recurso de Apelación: 107/2008.
Ponente: Don Ernesto Mangas González.
Voz: Asilo: nacional de Colombia. Medidas cautelares.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente. Medida cautelar consistente en la suspensión de la devolución de la recurrente a su país de origen.

«Es objeto del recurso de apelación el Auto dictado por el Juzgado Central de lo Contencioso- Administrativo núm. 4 con fecha de 31 de marzo de 2008 en el recurso contencioso-administrativo tramitado ante ese Juzgado con el núm. 26/08 [Pieza Separada de Medidas Cautelares], Auto por el que no se accede a la adopción de las medidas cautelares solicitadas en la demanda interpuesta por D.ª Edurne, nacional de la República de Colombia, frente a la resolución de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo formulada por la misma, por aplicación del art. 5.6.d) de la Ley de Asilo, y frente a la posterior denegación de reexamen, al considerar el Juzgado:

"Tercero.—(...) en el caso contemplado (...) procede denegar la suspensión cautelar del acto administrativo impugnado, así como la autorización para la permanencia en España de la actora durante la tramitación de este proceso, al igual que la suspensión cautelar de la devolución al país de origen, no acreditándose ninguna orden de expulsión o salida, respecto de las cuales, en cualquier caso, no es competente para su conocimiento este Juzgado Central, (...), toda vez que no ha quedado acreditado que los daños y perjuicios invocados sean de carácter irreparable, pues la demandante tiene representación procesal y jurídica en España, lo que hace que la sentencia que recaiga en su día en el presente procedimiento pueda ser perfectamente ejecutada, siendo, por lo demás, que dichos perjuicios, en todo caso, son reparables, tanto económicamente, dada la solvencia patrimonial de nuestra Administración Pública, proclamada por el Tribunal Supremo (...), así como tampoco que la ejecutividad del acto administrativo impugnado, por lo anteriormente indicado, pudiera hacer perder al recurso contencioso-administrativo su finalidad, ni asimismo se justifica una nulidad ostensible en el actuar administrativo llevado a cabo o un *fumus boni iuris* favorable al recurrente, el que no prueba, ni tan siquiera indiciariamente (...), fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política, etc., concretados en un riesgo indi-

vidual, personal y no generalizado, en relación a la específica situación de arraigo de su persona, o también de su ámbito familiar, económico o social en España, ya que no aparece de lo actuado, aportado y alegado por la interesada, la existencia de un riesgo de persecución, ni ninguna agresión directa con daño para la accionante, tal como requiere la jurisprudencia del Tribunal Supremo (...), y ello independientemente de que estamos en presencia de un acto de carácter negativo, cual es la inadmisión de la petición de asilo, con lo que, de suspenderse el mismo, se produciría una estimación anticipada del recurso contencioso-administrativo formulado, tal como ha indicado el Auto del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1995, lo que está vedado, por otra parte, por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (...), que prohíbe hacer pronunciamientos en este momento procesal sobre las cuestiones de fondo, dicho sea todo ello *prima facie* y sin prejuzgar...".

(...).

Siendo ello así, la parte apelante propugna la adopción de medidas cautelares durante la sustanciación del proceso contencioso-administrativo entablado por estar disconforme con la inadmisión *a limine* de su solicitud de asilo, ante el riesgo de persecución en su país de origen por motivos susceptibles de protección internacional a través de la institución del asilo.

Al respecto, es de tener en cuenta que, en la propia resolución desestimatoria de la petición de reexamen (...) se establece que, "al ser el informe del ACNUR favorable a la admisión a trámite de su petición de asilo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39.2 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo, si manifestase intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la inadmisión a trámite (...), se autorizará la entrada y la permanencia en España hasta que el órgano jurisdiccional competente resuelva sobre la suspensión del acto administrativo".

Y del mencionado informe de ACNUR incorporado al rollo de apelación se desprende la existencia de una eventual situación de riesgo para la solicitante, de regresar a su país de origen. (...) Razones por las cuales ha de considerarse que concurren los presupuestos bajo los cuales la doctrina jurisprudencial ha estimado procedente la suspensión cautelar del efecto positivo de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Lo que conduce a la revocación del auto objeto del recurso de apelación, y a la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión, durante la sustanciación del proceso contencioso-administrativo, de la ejecución de las resoluciones administrativas impugnadas en el mismo. Dicha medida cautelar comporta la suspensión de los "efectos de la inadmisión a trámite" contemplados en el art. 17.1 de la Ley de Asilo y en los arts. 22 y 23 de su Reglamento. Lo que conduce a la estimación del recurso de apelación».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 29 de enero de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-19/08.

Ponente: Don Malenovsky.

Voz: Readmisión por un Estado miembro de solicitante de asilo cuya petición se denegó.

Resumen: El artículo 20.1 del Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la legislación del Estado miembro requirente establezca el efecto suspensivo de un recurso, el plazo de ejecución del traslado no comienza a computarse desde la resolución judicial cautelar por la que se suspende la ejecución de un procedimiento de traslado, sino solamente desde la resolución judicial que resuelva sobre la procedencia del procedimiento levantando los impedimentos a dicha ejecución.

«El día 22 de marzo de 2006, los miembros de la familia Petrosian presentaron solicitudes de asilo en Suecia, Estado en el que se encontraban en ese momento.

El examen de esas solicitudes puso de manifiesto que los interesados ya habían presentado otras solicitudes, en concreto en Francia. Por ello, el Migrationsverket (Oficina de Inmigración), pidió a las autoridades francesas, con arreglo al artículo 16, apartado 1, letra e), del Reglamento núm. 343/2003, que readmitieran a los miembros de la familia Petrosian.

Estas autoridades no respondieron al Migrationsverket dentro del plazo previsto (...). Por este motivo, el Migrationsverket les comunicó que, (...), debía considerarse que la República Francesa había aceptado readmitir a los miembros de la familia Petrosian.

Posteriormente, las autoridades francesas confirmaron al Migrationsverket que aceptaban readmitir a los interesados. En esta situación, el 1 de agosto de 2006, el Migrationsverket decidió el traslado de los miembros de la familia Petrosian a Francia (...).

Los miembros de la familia Petrosian interpusieron un recurso contra la decisión de 1 de agosto de 2006, (...) y pidieron que sus solicitudes de asilo fueran examinadas en Suecia.

El 23 de agosto de 2006, este órgano jurisdiccional decidió suspender la ejecución del traslado de los miembros de la familia Petrosian a Francia hasta dictar sentencia definitiva sobre el fondo o adoptar otra resolución al respecto. El 8 de mayo de 2007, dicho órgano jurisdiccional dictó su sentencia sobre el fondo desestimando el recurso de los miembros de la familia Petrosian y, por este motivo, puso fin a la suspensión del traslado de éstos a Francia.

Los miembros de la familia Petrosian interpusieron un recurso de apelación (...) alegando un vicio procesal, y pidieron que se anulara la decisión por la que se ordenaba su traslado a Francia (...).

El 10 de mayo de 2007, (...) decidió suspender el traslado de los miembros de la familia Petrosian a Francia hasta dictar sentencia definitiva sobre el fondo o adoptar otra resolución al respecto.

(...).

Ante esta situación, (...) plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

"¿Debe interpretarse el artículo 20, apartado 1, letra d), y apartado 2, del Reglamento [...] núm. 343/2003 [...] en el sentido de que la responsabilidad del examen de una solicitud de asilo se transmite al Estado miembro en el que se haya presentado la solicitud, si el traslado no se ha producido dentro de los seis meses siguientes a la adopción de una resolución cautelar de suspensión de la ejecución del traslado y con independencia de cuándo se adopte la resolución definitiva sobre la procedencia del traslado?".

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El artículo 20, apartados 1, letra d), y 2, del Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la legislación del Estado miembro requirente establezca el efecto suspensivo de un recurso, el plazo de ejecución del traslado no comienza a computarse desde la resolución judicial cautelar por la que se suspende la ejecución del procedimiento de traslado, sino solamente desde la resolución judicial que resuelva sobre la procedencia del procedimiento levantando los impedimentos a dicha ejecución».

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 12 de mayo de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 4398/2004.
Ponente: Don Eduardo Calvo Rojas.
Voz: Se anula expulsión motivada por razones colectivas.
Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por la Administración General del Estado. El Tribunal se apoya en el carácter individual de la expulsión, de manera que el hecho de que la medida deba adoptarse con carácter individual no alude a que la resolución sólo pueda afectar a un destinatario, sino que comporta que sí se adopte teniendo en cuenta circunstancias individuales del extranjero a que viene referida.

«Con relación a D.ª Elena, nacional de Nigeria y con permiso para residir en España, la resolución administrativa impugnada acordaba la medida de alejamiento de la Ciudad Autónoma de Ceuta dando para ello las siguientes razones: "... dada la excepcionalidad del permiso de residencia concedido y teniendo en cuenta las limitaciones territoriales y socio-laborales que concurren en la Ciudad Autónoma de Ceuta, así como su situación geográfica...".

Según expone la sentencia recurrida en su fundamento primero, en el proceso de instancia la demandante aducía, en síntesis, que la medida de alejamiento adoptada tiene una motivación de carácter general "sin que se determinen claramente los elementos concretos que afectan de manera individualizada al demandante". Y a esa alegación se oponía la Abogacía del Estado argumentando que en Ceuta existe una situación de sobresaturación de extranjeros, potencialmente generadora de conflictos, que constituye una correcta base legitimadora de la medida adoptada.

(...).

(...) la Administración del Estado aduce un único motivo de casación alegando la infracción del artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1985 y de la Orden Ministerial de 30 de noviembre de 1988.

La Abogacía del Estado, reiterando lo que ya había alegado en el proceso de instancia, señala en su recurso de casación que el mencionado precepto legal ha sido infringido al no haberse considerado la relevancia que sobre el invocado espíritu de la normativa aplicable tiene la situación especialísima de la ciudad de Ceuta, donde el excesivo número de extranjeros crea habitualmente conflictos y situaciones que inciden de manera notoria sobre la seguridad pública.

El planteamiento no puede ser acogido pues la toma en consideración de la singular situación de Ceuta, por lo demás notoria, no puede llevar a la entera desnaturalización de la norma legal que contempla el alejamiento como medida a adoptar con carácter individual.

En efecto, el citado artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1985, después de reconocer que los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio español tendrán derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia sin más limitaciones que las previstas en las leyes, admite la posibilidad de que tales derechos sean objeto de determinadas limitaciones "... por razones de seguridad pública, que podrá disponer el Ministerio del Interior, con carácter individual, y que solamente podrán consistir en las siguientes medidas: (...). b) De alejamiento de fronteras o núcleos de población determinados singularmente...". En este misma línea, como no podía ser de otro modo, la Orden Ministerial de 30 de noviembre de 1998 que faculta a los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla para adoptar tales medidas, por delegación del Ministro de Interior, les autoriza a acordar el alejamiento de las mencionadas ciudades autónomas pero especificando que habrán de disponerlo con carácter individual y por razón debidamente motivada de seguridad pública.

Expulsión

Es clara la exigencia legal de que la medida que examinamos se adopte con carácter individual, esto es, de forma individualizada, lo que por otra parte parece obligado tratándose de una medida inequívocamente restrictiva de derechos. Por ello, como acertadamente señala la sentencia recurrida, la referencia que hace la norma a que la medida se adopte con carácter individual no alude a que la resolución sólo pueda afectar a un destinatario lo que permitiría que se acordase simultáneamente respecto de muchos, a base de dictar para cada uno de ellos una resolución idéntica a las demás sino que comporta la exigencia de que la medida se adopte atendiendo a las circunstancias individuales del extranjero al que viene referida. Por tanto, el hecho de que la medida de alejamiento aquí controvertida venga referida a la ciudad de Ceuta en modo alguno exime de aquella necesidad de explicación individualizada; y así lo corrobora la Orden Ministerial antes citada, que, estando referida precisamente a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, reitera la exigencia establecida en el precepto legal de que la medida se adopta con carácter individual».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Fecha: 29 de mayo de 2008.

Recurso de Apelación: 289/2008..

Ponente: Don José Ignacio Zarzalejos Burguillo.

Voz: Expulsión improcedente: prohibición de entrada durante siete años.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se acordó la sanción de expulsión con prohibición de entrada por un período de siete años. No figura en el expediente ningún dato o hecho negativo que pueda añadirse a la estancia ilegal del interesado, por lo que la medida de expulsión carece de motivación.

«La sentencia apelada confirmó la resolución administrativa que había acordado la expulsión del territorio nacional del recurrente, de nacionalidad brasileña, con prohibición de entrada en España por un período de siete años, (...).

La indicada sentencia consideró justificada la sanción de expulsión por no constar en el pasaporte del extranjero el sello de entrada en territorio Schengen, de donde infería el juzgador que el recurrente había entrado en España de forma clandestina y sin hacer uso de los medios de transporte habituales, lo que suponía un plus que convertía dicha sanción en proporcionada y motivada.

(...).

(...) para resolver el presente recurso hay que determinar si en el expediente administrativo consta la concurrencia de algún hecho o circunstancia negativa relativa al extranjero idéntica o de similar alcance a las que se acaban de reseñar, pues sólo entonces podría afirmarse que existe motivación suficiente que justifique la imposición de la sanción de expulsión, en cuyo caso la Administración no habría desconocido el principio de proporcionalidad ni habría dejado de exponer las razones por las que expulsó al expedientado del territorio nacional.

Pues bien, en el expediente remitido por la Administración consta que el extranjero fue detenido el día 17 de septiembre de 2006 por encontrarse en situación irregular en España, constando igualmente que tenía documentación acreditativa de su identidad, en concreto pasaporte (...) de la República de Brasil, domicilio en (...) Móstoles y que carecía de antecedentes policiales, no figurando en dicho expediente ni en el acuerdo de expulsión ningún dato o hecho negativo referido a dicha persona que pueda añadirse a su estancia ilegal en España, por lo que hay que concluir que la sanción de expulsión carece de motivación a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sólo considera justificada tal sanción, en lo que aquí interesa, cuando la falta de prueba del lugar y fecha de entrada del extranjero en España se asocia a la ausencia de documentación acreditativa de su identidad y filiación (...), supuesto que aquí no concurre toda vez que, como ya se ha indicado, el extranjero estaba en

posesión de pasaporte de Brasil. Procede, por ello, la estimación del presente recurso y la revocación de la sentencia apelada, anulando el acuerdo de expulsión impugnado».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
Fecha: 29 de mayo de 2008.
Recurso de Apelación: 384/2008.
Ponente: Don Francisco de la Peña Elías.
Voz: Expulsión con prohibición de entrada por cinco años. Suspensión cautelar.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra el acuerdo que decretó la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada durante cinco años. El hecho de que el recurrente tenga domicilio conocido, pasaporte en vigor y esté pendiente de una residencia por arraigo social, son indicios suficientes para poder acceder a la suspensión cautelar solicitada.

«El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 7 de los de Madrid ha conocido del recurso (...) contra el acuerdo de la Delegación del Gobierno en Madrid, que decretó la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada durante cinco años de la recurrente, don David.

Al tiempo de interponerse el recurso la parte recurrente solicitó como medida cautelar que se suspendiera la ejecución del decreto sancionador de expulsión, lo que dio origen a que por auto de 26 de noviembre de 2007 se otorgara la suspensión cautelar de la ejecución del acto recurrido, sin costas.

Contra la resolución anterior el Abogado del Estado interpuso recurso de apelación mediante escrito, en el que, en síntesis, alegaba que se debe partir de presunción de legalidad del acuerdo que se pretende suspender y no de la alegación de la no concurrencia de circunstancia negativa alguna pues no se ejecutaría acto alguno de expulsión ni la interposición del recurso implica esa suspensión; además puede denegarse cuando puedan seguirse perjuicios para los intereses generales como aquí sucede por ejemplo con el mercado de trabajo, se requiere un principio de prueba sobre el arraigo familiar o económico que no concurre y tampoco puede dilucidarse la cuestión de fondo que se suscita.

La representación procesal del recurrente se opuso al recurso de apelación solicitando que se dictara resolución desestimatoria del mismo.

El auto apelado parte de la falta de concurrencia de circunstancia negativa alguna sobre la mera estancia ilegal del recurrente y en este caso a pesar de lo dicho por el Abogado del Estado en los autos hay constancia de que el recurrente tiene domicilio conocido, según el certificado de empadronamiento desde 2003 y pasaporte válido y en vigor, ha superado varios cursos de capacitación como camarero en España y pende solicitud de residencia por arraigo social de 9 de abril de 2007, que constituyen indicios suficientes sobre la concurrencia del arraigo aducido para poder acceder a la suspensión cautelar solicitada tal como acordó el auto apelado sin perjuicio de lo que resulte finalmente acreditado en el expediente y a resultas de la resolución del recurso, lo que unido a que de la resolución no se desprende porque se opta por la sanción más grave a pesar de las circunstancias concurrentes y a que tampoco se perjudican los intereses generales procede desestimar el recurso de apelación».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
Fecha: 30 de mayo de 2008.
Recurso de Apelación: 457/2008.
Ponente: Doña Fátima Arana Azpitarte.
Voz: Expulsión y prohibición de entrada: medidas cautelares.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra el auto que concedió la medida cautelar solicitada por el recurrente de suspensión del decreto que acordó la expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada. No se ha aportado prueba

alguna que acredite el arraigo del recurrente en España ni que la salida del territorio nacional le produzca perjuicios irreparables.

«En el caso presente el acto impugnado cuya suspensión se solicita consiste en una orden de expulsión, y la prohibición de entrada en territorio español por un período de tiempo, cuya inmediata ejecutividad comporta para el recurrente los perjuicios derivados de su inmediata salida del territorio nacional. (...).

En relación a los perjuicios que para el solicitante de la medida puede producir su salida del territorio nacional y que el Auto apelado no valora ni concreta, debe recordarse que según reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia (...) su valoración debe realizarse a la vista del arraigo que tenga el recurrente en territorio español, entendiendo que el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España, por considerarse en estos casos como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general. Es más, en un caso así, el mantenimiento de esos vínculos económicos, sociales o familiares con el lugar en el que se reside, sin merma, quebranto o ruptura mientras se tramita el proceso, constituye, también, una o la finalidad legítima del recurso, (...).

Pues bien, en el caso presente no se ha aportado prueba alguna que acredite el arraigo del recurrente en territorio español, por lo que ni se acredita que la ejecución del acto haga perder la finalidad legítima al recurso, ni que la salida del recurrente de territorio español le produzca perjuicios irreparables ó de difícil reparación, ni que su interés particular de permanecer en España deba de prevalecer sobre el interés general que demanda la ejecución del acto.

Tal es el análisis y ponderación de las circunstancias concurrentes que entendemos debía haber realizado el Auto apelado al resolver sobre la solicitud de suspensión, y que no ha realizado, por lo que ha infringido la normativa y jurisprudencia mencionada. En relación con la cita que realiza de una Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2006 de la Sección Primera de esta Sala, que aplica al caso presente por entender que concurren las mismas circunstancias, y que —aceptando no haberse acreditado la existencia de arraigo alguno por parte del recurrente— concede la suspensión por aplicación de la doctrina del *fumus bonis iuris,* al entender que no concurriendo circunstancias negativas algunas en el recurrente, más allá de la permanencia ilegal, que justificaran la imposición de la sanción de expulsión, ésta no sería procedente siéndolo la de multa, debemos considerar que, de un lado, ignoramos si realmente en el caso presente concurren las mismas circunstancias que en el resuelto por la Sentencia citada, ya que ni de la Sentencia citada ni del Auto apelado resulta cuáles son las circunstancias consideradas como negativas que no concurren en cada caso en el recurrente y, de otro, que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo (...) según la cual la doctrina de la "apariencia de buen derecho" como base para la adopción de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, tan difundida como necesitada de prudente aplicación, ha de tenerse en cuenta al solicitarse la nulidad de actos dictados en cumplimiento de normas declaradas previamente nulas de pleno derecho o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no es aplicable cuando se predica la nulidad de un acto administrativo en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal.

En línea con lo anterior, se ha matizado la aplicación del *fumus boni iuris,* siguiendo una dirección paralela a la observada respecto de las alegaciones de nulidad de pleno derecho, en el sentido de exigir que la apariencia de buen derecho sea clara y manifiesta y resaltando que debe ser apreciada sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto.

Expulsión

Pues bien tal situación no es la presente en que la Resolución impugnada se enjuicia por primera vez y es aventurado pronosticar en este momento que la sanción de expulsión no era la que correspondía imponer al no concurrir junto a la permanencia ilegal otros hechos negativos para el extranjero, toda vez que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha ido matizando acerca de cuál es la motivación necesaria para imponer la sanción de expulsión en lugar de la multa y qué circunstancias permiten la imposición de la sanción más grave de expulsión, así, las Sentencias del Tribunal Supremo (...) han entendido por ejemplo que cuando a la permanencia ilegal en España del recurrente se une la circunstancia de encontrarse indocumentado, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, y, además, se ignora cuándo y por dónde entró en territorio español, y tales hechos constan en el expediente administrativo, son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que en tales supuestos ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por la que expulsó al actor del territorio nacional; en el caso presente el Auto apelado no matiza cuales son las circunstancias negativas que no concurren en el recurrente ni afirma que no concurran las que mencionan las Sentencias mencionadas, razones todas ellas por las que insistiendo en que la doctrina del *fumus bonis iuris* debe de ser aplicada muy prudentemente y que en el caso presente no se ha acreditado que concurra, y debiendo ser de prevalerte aplicación para resolver si procede ó no acordar una suspensión el examen de la concurrencia de las circunstancias a que nos hemos referido en el fundamento de derecho anterior y en el presente (pérdida de la finalidad legítima del recurso, perjuicios que puedan producirse, ponderación de los intereses en juego) que en el caso presente no concurren, procede estimar el recurso de apelación, revocar el auto apelado y denegar la medida cautelar solicitada».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Fecha: 18 de junio de 2008.

Recurso de Apelación: 427/2008.

Ponente: Don Fernando Seoane Pesqueira.

Voz: Procedencia de la expulsión: ausencia de arraigo.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se acuerda su expulsión del territorio nacional por un período de cinco años. La ausencia de arraigo en España de la apelante hace que la orden de expulsión no entrañe una desvinculación familiar, laboral, social o económica de la que pudieran deducirse unos perjuicios irreparables.

«La apelante alega que nunca tuvo conocimiento de la existencia de la orden de expulsión contenida en la resolución de 14 de marzo de 2006, insistiendo en solicitar la suspensión de la ejecución de ésta en base a que goza de arraigo en España concretado en que ha suscrito un contrato de arrendamiento de la vivienda en la que reside en Ponferrada con su hermana, que se encuentra empadronada en el Ayuntamiento de Ponferrada desde hace más de dos años, estando totalmente integrada en las costumbres de dicha ciudad, que posee medios de vida que le permiten subsistir económicamente, que mantiene una relación formal y estable con un ciudadano de Ponferrada, que se hace cargo de la totalidad de los gastos y responde de ella, y añadía que tenía pendiente de realizar una operación de cirugía, aunque esto último se refería al 5 de septiembre de 2007, por lo que resulta valorable en la actualidad.

(...).

Las alegaciones de la apelante en torno a los datos de los que deducía su arraigo no han resultado corroborados por prueba alguna, al margen de la cita médica, que era para el 5 de septiembre de 2007 y ahora carece de relevancia dado el tiempo transcurrido. Ni siquiera sería decisiva la prueba del empadronamiento en Ponferrada, a que se orientaba la solicitud de prueba en esta segunda instancia,

Expulsión

pues aunque se hubiera confirmado que la actora lleva en España más de dos años, para la existencia del arraigo que da base a una autorización de residencia temporal, (...), se exige la permanencia continuada en España durante tres años. Aparte de ello, tampoco se ha demostrado ningún vínculo de carácter familiar, económico o social con nuestro país que permita deducir que se halla enraizada, a lo que se añade el relevante dato, que la juzgadora *a quo* hace constar en su resolución, de que no se formuló recurso contencioso-administrativo contra la resolución administrativa cuya suspensión ahora se postula.

Desde el momento en que en el caso presente no se aportan argumentos que convenzan de dicha situación de arraigo en España de la apelante, no se puede hablar de perjuicios irreparables, por no tener la actora intereses familiares, económicos o sociales en nuestro país, no entrañando la expulsión una desvinculación familiar, laboral, social o económica, y ha de preponderar el mencionado interés general derivado de la necesidad de cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España (Tratado de Schengen). Los perjuicios derivados de la expulsión, con la consiguiente obligación de abandono de España, son los consustanciales a la ejecución del acto en sí, y no pueden bastar para acordar la medida cautelar de suspensión, 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. En definitiva, ante la ausencia de demostración del exigido arraigo, en la ponderación de intereses en presencia han de prevalecer los intereses públicos derivados del deber de vigilar el acatamiento a la normativa de extranjería, impidiendo que permanezca en nuestro país quien no cumple las condiciones que la legalidad exige, ya no sólo por razones nacionales sino también internacionales emanadas del cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España, sobre todo el Tratado de Schengen».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
Fecha: 2 de julio de 2008.
Recurso de Apelación: 11/2008.
Ponente: Doña María Dolores Galindo Gil.
Voz: Expulsión: estancia ilegal. Ciudadano chino.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se decreta la expulsión del territorio nacional por un período de diez años. El recurrente era responsable de una infracción grave por estancia ilegal y fue condenado en España por una conducta dolosa punible con pena privativa de libertad superior a un año.

«Los hechos que dan lugar a la incoación del expediente gubernativo (...) hacen referencia a que en el centro penitenciario de Monterroso (Lugo) se halla interno el recurrente, de nacionalidad china, cumpliendo condena de 9 años, (...) por un delito contra la salud pública y que consultado el Registro Central de Extranjeros de la Dirección General de la Policía queda comprobado que carece de autorización de residencia por lo que se encuentra en situación de estancia irregular sin que conste que tenga arraigo en España y sí haber demostrado un comportamiento cívico.

(...).

En lo referente a la vulneración del principio de proporcionalidad, ya no sólo estima improcedente la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa sino que, en coherencia con el discurso que mantiene, de optar por la sanción de expulsión la extensión, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, llevaría a la imposición del período mínimo de tres años, pues la individualización de la sanción se ha verificado en base a criterios genéricos.

Esas circunstancias particulares a que alude harían referencia a un conjunto de razones de índole humanitaria ya que el recurrente se encuentra indocumentado, no está debidamente identificado y no se le ha negado la condición de apátrida

puntualizando la sentencia recurrida, tan sólo, que no la tiene reconocida lo que supone despreciar la real situación del recurrente con excusas formales ya que al estar indocumentado la República China, país de origen, le niega su nacionalidad y, además, tiene una oferta de trabajo formalizada por ciudadano español como consta en la actuaciones.

(...).

En consecuencia, ni existe vulneración del principio *non bis in idem* ni en el caso presente se aprecia circunstancia alguna que pueda impedir la aplicación de la sanción de expulsión pues el hecho de que el actor haya cumplido la pena impuesta por la comisión de un delito, extinguiendo la responsabilidad criminal declarada por la previa sentencia condenatoria, no guarda relación ninguna con el dato cierto de que su conducta delictiva ha ocasionado la pérdida del derecho a residir en España, a tenor de la norma con rango de Ley que regula ese derecho de residencia.

(...).

De otro lado, resulta paradójico que pretenda la apreciación de una situación de arraigo por el hecho real de haber cumplido condena y, entre tanto y como manifestación del concepto de estado social, haya recibiendo las prestaciones asistenciales que haya necesitado.

En otro orden de cuestiones, es un hecho admitido y, en consecuencia, no necesitado de prueba, que el recurrente es nacional de la República China y responde a los datos de filiación que contiene la resolución combatida pues no sólo no se verificó objeción o reparo alguno sino que, además, firmó la diligencia por la que se le notificaba aquélla (...).

(...).

En consecuencia, mal puede el recurrente pretender que se tenga en cuenta su condición de apátrida cuando a tenor del (...) estatuto de apátrida se reconoce a quien no sea considerado como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación, y manifieste carecer de nacionalidad, exigiendo para hacer efectivo dicho reconocimiento, que se cumplan los requisitos y procedimiento previstos en el citado reglamento, señalando el artículo 2 el modo de iniciación del procedimiento, ya sea de oficio o a instancia de parte, y sin que conste haber cumplimentado ninguno de los trámites a tal efecto establecidos, tratando de arrogarse una condición legal que asocia una estatuto jurídico determinado con una simple afirmación que ni cumple los requisitos que señala el régimen jurídico antes indicado y menos aún respalda o acredita en forma alguna.

Ninguna trascendencia podemos otorgar a lo que califica como oferta de trabajo y que, (...) aporta con la demanda rectora pues no es más que una simple manifestación de voluntad de un ciudadano español que además se condiciona a que el recurrente tenga regularizada su situación administrativa.

En cuanto al principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción de expulsión, olvida la recurrente que el expediente gubernativo se incoa por una infracción grave del artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000 y la previsión del artículo 57.2 que es taxativo cuando indica que 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, siendo conforme a derecho la individualización del período de expulsión pues, como resulta de la lectura de la resolución impugnada, se motiva en forma suficiente partiendo de las concretas circunstancias del recurrente siendo la pretensión actora que se interpreten en modo distinto coincidente con intereses

particulares y contrarios al interés público que informa la materia.

Por lo expuesto procede la desestimación del presente recurso de apelación».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Fecha: 23 de julio de 2008.

Recurso de Apelación: 96/2008.

Ponente: Doña María Dolores Galindo Gil.

Voz: Sustitución de expulsión por multa: rebaja de la cuantía.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente; procede revocar la sentencia dictada en orden a la cuantía de la sanción de multa impuesta en sustitución de la expulsión.

«Para la resolución de la controversia suscitada en esta alzada, conviene precisar los siguientes extremos, según los cuales, promovido por la Sra. Yolanda recurso contencioso-administrativo contra la resolución gubernativa que, culminando expediente sancionador en materia de extranjería, le impone sanción de expulsión del territorio nacional por período de tres años por entender acreditada su estancia irregula en territorio español, la pretensión deducida en el escrito rector de la litis postulaba del órgano de instancia sentencia por la que se declarase la nulidad de la resolución sancionadora y, adicionalmente, el reconocimiento de su derecho a permanecer en España.

(...).

La estimación en parte se concreta en la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa, que impone en cuantía de 4.500 euros, sustitución que opera en aplicación de la jurisprudencia reiterada sobre la materia, por entender insuficientes las razones contenidas en la resolución impugnada relativas a no haber presentado solicitud de asilo político ni encontrarse en alguna de las situaciones previstas en su ley reguladora.

Respecto de la concreta cuantía a imponer, rechaza la propuesta por el Letrado de la recurrente, que califica de leve, y justifica su imposición en cuantía de 4.500 euros, teniendo en cuenta varios datos de los que infiere que la recurrente dispone de recursos económicos suficientes, como que el letrado defensor no lo es del turno de justicia gratuita y que mantiene convivencia estable con ciudadano español con quien ha suscrito capitulaciones matrimoniales en fecha 27 de septiembre de 2007 pactando régimen económico matrimonial de separación de bienes y la ausencia de responsabilidad de uno de los sujetos en las deudas del otro, lo que no considera un obstáculo para que pueda obtener aquel importe por la liberalidad que cabe presumir del ciudadano español que ha decidido convivir y sustentar a una pareja en situación irregular en España.

(...).

Procediendo de este modo el órgano de instancia incurre en la prohibición del artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, respecto de la determinación del contenido discrecional de los actos anulables, siendo así que el artículo 51 al prevenir para las infracciones graves una sanción de multa de 301 hasta 6.000 euros, fija unos límites mínimos y máximos en que se moverá la concreta cuantía impuesta cuya individualización implica el ejercicio de una potestad discrecional.

El segundo motivo de impugnación se concreta en la infracción del principio de proporcionalidad al considerar insuficientes las razones que emplea el órgano de instancia para la graduación de la sanción pecuniaria que no ha tenido en cuenta que el grado de culpabilidad es mínimo, ya que se mantiene convivencia estable con ciudadano español con quien tiene intención de contraer matrimonio como lo demuestra el hecho de haber otorgado capitulaciones matrimoniales, estando en la actua-

lidad incoado el expediente matrimonial que concluirá en enero de 2008.

A mayores, la intención de la actora era obtener la tarjeta de residente comunitario al amparo de la disposición adicional vigésima del Reglamento de Extranjería debiéndose a la actitud obstruccionista de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que no disponga de ella ya que estos le manifestaron que no procediese a formular solicitud en tal sentido hasta que no estuviera resuelto el expediente de expulsión.

Entiende que es una circunstancia a valorar en la determinación del quántum que tanto el daño como el riesgo producido por la infracción sea inexistente, lo que no se ha tenido en cuenta por el órgano de instancia que habría desconocido las previsiones de la Ley de Extranjería al ignorar su capacidad económica, a mayores, inexistente al ser desempleada que vive a expensas de su pareja.

Además presume que el ciudadano español con quien convive tiene recursos económicos suficientes para responder de una multa de 4.500 euros cuando no se ha practicado prueba sobre este extremo por causa imputable al propio órgano de instancia que desestimó su testimonio en el acto de la vista oral por entenderlo innecesario, por lo que, mantener que tiene recursos para afrontar el pago de la sanción de 4.500 euros impuestas a la actora, carece de todo fundamento.

(...).

El juez *a quo* por todo criterio de graduación se remite a que la defensa letrada de la actora no ha sido designada por el turno de asistencia jurídica gratuita y que, a mayores, la liberalidad de su pareja de hecho para concluir, con base en estos datos, sobre una cierta disponibilidad económica.

Nos parece insuficiente e infundada esta conclusión que desconoce que 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. De otro lado, ninguna indagación se ha hecho sobre los recursos del conviviente cuyo testimonio se denegó en el acto de la vista, momento procesal en que el juez de instancia verificó el ofrecimiento a la recurrente de sustitución de la sanción de expulsión por la de multa, por lo que tuvo posibilidad de indagar sobre tal extremo y no lo hizo. A mayores, no consta que la recurrente realice trabajo, por cuanta propia o ajena, que le reporte unos ingresos cualquiera sea su cuantía.

En estas condiciones, al carecer de datos sobre los medios económicos de que pueda disponer la recurrente ni su pareja de hecho, ni los que éste pueda proporcionarle, resulta procedente estimar el recurso de apelación tan sólo en el extremo relativo a la fijación de la cuantía de la sanción de multa para sustituir la concretamente impuesta en la sentencia recurrida de 4.500 euros por la de 301 euros, esto es, la cuantía mínima que previene el artículo 51.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, confirmando en lo restante la sentencia de instancia».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante.
Fecha: 25 de julio de 2008.
Recurso de Apelación: 95/2008.
Ponente: Don Andrés Úbeda de los Cobos.
Voz: Expulsión improcedente de ciudadanos rumanos.
Resumen: Se estima parcialmente el recurso interpuesto por los recurrentes, ciudadanos rumanos, quienes desde el 1 de enero de 2007, tienen la condición de ciudadanos comunitarios, por lo que, al no poderse considerar que residan ilegalmente en España, es improcedente su expulsión.

«El fallo de dicha Sentencia recurrida literalmente dice: "Que debo condenar y condeno a Carlos Manuel, como autor criminalmente responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas, en grado de tentativa, sin concurrir circunstancias modifi-

cativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho meses de prisión, con la accesoria de la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al abono de una mitad de las costas causadas.

Asimismo, acuerdo sustituir la citada pena de ocho meses de prisión impuesta a Carlos Manuel en la presente causa por la expulsión del territorio nacional español por un plazo de diez años a contar desde la fecha de su efectiva expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena, debiendo este cumplir dichas penas privativas de libertad sustituidas si regresara a España antes del señalado término, de lo que se advierte al nombrado condenado.

De otro lado, debe condenar y condeno a Rogelio como autor criminalmente responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas, en grado de tentativa, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al abono de una mitad de las costas causadas.

Asimismo, acuerdo sustituir la citada pena de ocho meses de prisión impuesta a Rogelio en la presente causa por la expulsión del territorio nacional español por un plazo de diez años a contar desde la fecha de su efectiva expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena, debiendo éste cumplir dichas penas privativas de libertad sustituidas si regresara a España antes del señalado término, de lo que se advierte al mencionado condenado".

(...).

Los indicios se desprenden de las declaraciones prestadas en el plenario por los testigos, especialmente de los agentes de policía local de Alicante que se personaron en el lugar de los hechos, y de Abelardo, esposo de la gerente de la guardería violentada. En la Sentencia de instancia, de forma muy detallada, se consignan los siguientes:

1.—Los agentes de la policía local son avisados que está sonando la alarma instalada en un inmueble dedicado a guardería. Se personan en un espacio de tiempo muy corto ya que se encontraban cerca.

2.—Los citados agentes ven a los dos acusados salir del interior del recinto, iniciando la huida, siendo necesaria una persecución para conseguir detenerlos.

3.—El testigo Abelardo informa que los autores del hecho habían accedido al recinto cortando la alambrada exterior, accediendo al edificio, a través de un agujero practicado en el techo.

4.—En el recinto se encuentran apilados un vídeo CD, un televisor y una mini cadena musical, así como diversos alimentos.

Este hallazgo es ciertamente compatible con la huida apresurada de los autores del hecho, posiblemente al dispararse el dispositivo de alarma.

Los acusados se limitan a afirmar que no han entrado en el reiterado recinto, versión contradictoria con la declaración firme y contundente de los agentes antes referidos.

Con estos antecedentes consideramos que la valoración de la prueba efectuada por la Juez *a quo* no resulta ilógica o manifiestamente errónea, sino plenamente adecuada a la Jurisprudencia transcrita, lo que determina la desestimación del motivo.

Como segundo motivo impugna la parte apelante la decisión adoptada por la Juez *a quo,* a petición del Ministerio Fiscal, de sustituir la pena de prisión impuesta por la expulsión de los dos acusados, de nacionalidad rumana, de territorio español, por aplicación del artículo 89.1 CP.

Expulsión

El citado precepto establece con carácter preceptivo, con determinadas excepciones, la sustitución de las penas de prisión inferiores a seis años, impuestas a extranjeros que no residan legalmente en España, por la expulsión de territorio nacional, con prohibición de regresar por un plazo de diez años desde que se haga efectiva.

Al tratarse de ciudadanos rumanos, desde el 1 de enero de 2007, fecha del ingreso de su país a la Unión Europea, tienen la condición de ciudadanos comunitarios, por lo que, aun con las salvedades vigentes durante los dos primeros años de la adhesión, no puede considerarse que residan ilegalmente en España, por lo que es improcedente su expulsión por esta vía. En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid en acuerdo de 30 de enero de 2007».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 17 de diciembre de 2008.
Recurso de Casación: 10489/2008.
Ponente: Don José Ramón Soriano Soriano.
Voz: Expulsión: delito de lesiones en el ámbito doméstico.
Resumen: La Sala estima el motivo en el que se alega la indebida aplicación del artículo 89.1 del Código Penal, ya que las penas menores de seis años impuestas a extranjeros sin residencia legal en España deben ser sustituidas por la expulsión del territorio nacional. A la vista de este motivo, el Tribunal, en un primer momento, declara la estimación del recurso, que es matizada en una segunda instancia la cual, manteniendo la condena impuesta en la sentencia recurrida, sustituye la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional.

«"Sobre las 17:00 horas del día 3 de junio de 2007 se suscitó en el domicilio familiar sito en (...) de Bilbao una discusión entre el acusado Ernesto, natural de Bolivia, sin residencia legal en España y cuyas demás circunstancias personales constan en las actuaciones, y su esposa Magdalena, al recriminarle ésta que hubiera estado bebiendo cerveza y con motivo de que uno de los hijos del matrimonio tomara un vaso que la contenía.

En el transcurso de la discusión, el acusado, que en ese momento se encontraba cocinando con una sartén, amenazó a Magdalena con arrojarle el aceite hirviendo, al tiempo que agarraba el mango de la sartén con una mano y en la otra un utensilio de cocina, dirigiéndole al mismo tiempo expresiones amenazantes que no han podido ser concretadas.

A continuación, con ánimo de menoscabar la integridad física de su esposa, el acusado le arrojó un teléfono móvil a la cabeza, le propinó varios puñetazos en la cara, le agarró del pelo y la arrastró por el pasillo desde la cocina, y, de modo que no ha quedado completamente esclarecido, le agredió en el rostro, ocasionándole un corte en el labio superior.

Como consecuencia de la agresión, la Sra. Magdalena sufrió una herida incisa en el labio superior, hematoma en el labio inferior (...) y hematoma en el párpado e interior del ojo derecho, lesiones que precisaron de asistencia facultativa y de tratamiento médico consistente en sutura de la herida del labio con puntos internos y externos con hilo de prolene. Dichas lesiones tardaron en curar quince días, de las cuales dos estuvo incapacitada para sus ocupaciones habituales, restándole como secuela una cicatriz hipercrómica en el labio superior (...) que determina un perjuicio estético apreciable.

La perjudicada ha renunciado expresamente a cualesquiera acciones y resarcimientos que pudieran corresponderle por estos hechos".

(...).

1. Las razones que ofrece se reducen al carácter imperativo en que se expresa el precepto cuando habla de las penas menores de 6 años impuestas a extranjeros sin residencia legal en España, que serán sustituidas por la expulsión del territorio

nacional. Hace referencia al carácter absoluto de tal medida en los términos que ahora se regula, sólo dulcificada por la reforma operada a través de la Ley Orgánica de 29 de septiembre de 2003 que admite situaciones especiales, en las que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario de España. El fundamento de la reforma según precisa el recurrente era la necesidad de poner fin a la práctica de la comisión de delitos como forma de permanecer en el país.

El recurrente añade que en su caso no se ha atendido a la naturaleza del delito sino a la circunstancia del arraigo familiar.

2. Al recurrente no le falta razón.

La medida, que en principio posee carácter imperativo, acoge una excepción, que introdujo el legislador, pero que obedeció a finalidades diferentes a las que aquí se plantean. En efecto, si nuestro Código Penal castiga con penas muy duras la inmigración clandestina (...), una consecuencia complementaria es que la introducción clandestina en el país se desvirtuaría o desactivaría con la expulsión como antídoto.

Pero es que también ciertos delitos, por sus características, hacían que la medida actuara como mecanismo de impunidad a pesar de su evidente gravedad y además con el riesgo de reiterarse, en los que el derecho penal debía desplegar toda su fuerza disuasoria. Pensemos en que de un país de Iberoamérica se pretende introducir droga a España (normalmente cocaína), cuyo autor se habrá preocupado antes de que la cantidad a introducir no supere los 750 grs., reducidos a pureza. En tal hipótesis el sujeto agente podría con tranquilidad llevar a cabo importaciones de droga, hasta que fuera sorprendido, en cuyo caso la pena difícilmente superaría los 6 años, que no cumpliría por la adopción de la imperativa medida de expulsión. A partir de la aplicación de tal medida "las mafias" de la droga cambiarían a buen seguro de correo para introducir la droga en España, y así sucesivamente, haciendo inoperante al derecho penal.

3. Hechas las precedentes consideraciones, es visto que el tribunal de instancia, a quien compete de forma exclusiva adoptar la decisión, se basó para acordarla en un dato que la ley no prevé: la unidad familiar y las obligaciones de esta índole que afectan al padre respecto a sus hijos, con los que persisten los vínculos afectivos (también los mantiene con la mujer).

En alguna ocasión, con apoyo en elementales derechos fundamentales se ha fundado la excepción, rehusando la expulsión, pero en tales casos el interesado solicitaba la no aplicación de la medida y no existían otros obstáculos derivados de la naturaleza del delito.

En nuestro caso, aun correspondiendo la decisión al prudente arbitrio de la Sala, nos hallamos ante un supuesto de arbitrio normado, en cuanto el único criterio a tener en cuenta, a salvo derechos constitucionales, es el de la naturaleza del delito, pero el tribunal de instancia prescindió de él. El arraigo familiar y el mantenimiento de dos hijos comunes con la víctima se rompe precisamente con el acusado en la cárcel durante 4 años y medio, y con pocas expectativas de encontrar trabajo al salir de ella, y desde luego con pérdida de contacto personal, salvo las posibles visitas que puedan hacer sus hijos a la cárcel, lugar poco propio para desarrollar un adecuado ambiente familiar.

Aplicando la medida, la familia puede reunificarse en su país de origen (Bolivia) o en otro distinto, sin excluir otro de la Unión Europea, en el que la ilegalidad de su estancia es la misma que en España. Por lo expuesto, y asesorado por Letrado, consciente además de que la estimación de la pretensión impedirá regresar a España durante los 10 años siguientes, procede adoptar la medida al no hallar-

se justificada la excepción, que nada tiene que ver con la naturaleza del delito.

El motivo debe estimarse.

(...).

2. Las pruebas habidas en la causa acreditan las lesiones deformantes y el tribunal de instancia las ha analizado y valorado con prudencia. Entre las pruebas de cargo cabe señalar:

a) el testimonio del acusado que reconoce la existencia del incidente o confrontación. Constituyen complemento probatorio las afirmaciones no acreditadas, que en su momento fueron aducidas. Habló en tal sentido de ser víctima por parte de la esposa de insultos, vejaciones, amenazas y agresiones. Como bien matiza la sentencia sería difícil probar los hechos que no dejan huella, pero las agresiones reiteradas con una olla, es extraño e incompresible que no dejen vestigios y ninguna afectación lesiva en su cuerpo se detectó, ni por la policía que acudió al lugar de los hechos ni por el forense al día siguiente cuando fue examinado.

b) el fundamental testimonio de la mujer, cuyas circunstancias eran acordes con lo visto por la policía judicial y por el médico forense. La Audiencia analiza las razones de credibilidad de la ofendida, que a pesar de la voluntad de renunciar a cualquier acción relata lo ocurrido, a juicio del tribunal, con plena fiabilidad.

c) la psicóloga pudo informar de la veracidad de la declaración de la mujer y el hondo pesar por la situación creada, lo que supuso para ella un sufrimiento, que no le es atribuible, pero que en ningún momento le impidió decir la verdad.

d) los ertzainas que acudieron al lugar de los hechos y comprobaron el panorama resultante de las agresiones sufridas por aquélla, detectando el sangrado de la mujer y la ausencia de signos en el acusado de haber sufrido violencia.

e) por último, las lesiones objetivadas por los médicos forenses, que precisaron puntos de sutura, corroboran el testimonio de la ofendida.

3. Ante la suficiencia de la prueba de cargo habida, racionalmente valorada, huelgan las manifestaciones complementarias efectuadas por el recurrente. El desconocimiento del objeto o utensilio utilizado para cortar el labio superior no ha tenido influencia en la causa, ya que no se aplica el art. 148.1.º CP.

Por otro lado, la gravedad de la pena que se impone viene justificada por razón de la deformidad, sobre cuyo extremo declararon e informaron los forenses y el tribunal de visu pudo percatarse del alcance y características de la secuela, localizada en el centro del labio superior de la agredida. Existió, pues, prueba de cargo suficiente, legítimamente obtenida y debidamente valorada por el tribunal.

El motivo ha de rechazarse».

DERECHO AL TRABAJO

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

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 12 de noviembre de 2008.
Recurso de Casación: 3177/2007.
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral.
Voz: Extranjero no residente que carece de autorización de trabajo. Prestación por desempleo: denegación.

Resumen: «PRIMERO.–La cuestión debatida se concreta en determinar si tiene o no derecho a inscri-

birse como demandante de empleo, y percibir las prestaciones de desempleo de la Seguridad Social, correspondientes al período trabajado para una empresa española, que le despidió improcedentemente, un extranjero, cuando dicho trabajador carecía de la autorización para residir, prevista en el artículo 30 bis de la LO 4/2000, de 11 de enero, y de la autorización previa para trabajar, y no había sido dado de alta en la Seguridad Social por la empresa para la que trabajaba.

Esta controversia litigiosa, sustancialmente igual en la sentencia recurrida y en la alegada para justificar la contradicción, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, de 21 de marzo de 2006, ha sido resuelta en forma diferente por las sentencias que se comparan: a) la sentencia, hoy impugnada, desestimó la pretensión del trabajador al considerar que no concurren los requisitos exigidos en los artículos 207, 209 y 231 de la Ley General de Seguridad Social, dado que no es posible que el actor pueda acreditar su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada y poder suscribir el compromiso de actividad normativamente establecido. b) la sentencia contraria, recaída en el supuesto de un trabajador rumano, que había prestado servicios laborales a diferentes empresas españolas, sin tener permiso de trabajo y residencia, y que, tras su cese improcedente, reclama la prestación de desempleo, estima la pretensión actora en razón a lo establecido en el Convenio 19 de la Organización Internacional de Trabajo, artículo 36 de la LO 8/2000 y a la doctrina jurisprudencial expresiva de que el hecho de carecer de permiso de trabajo y de residencia no invalida el contrato de trabajo suscrito.

SEGUNDO.–El problema debatido ha sido ya unificado por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia 18 mayo de 2008, cuyo pronunciamiento coincide con el de la sentencia recurrida. Esta resolución judicial alcanza la conclusión (Fundamento de derecho décimo) siguiente: "la prestación de desempleo, sólo la puede obtener el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para trabajar (fue la situación que contemplaron las Sentencias de 21 de diciembre de 1994, rcud. 1466/94, 10349; 21 de septiembre de 1995, rcud. 834/95 y 25 de septiembre de 1995, rcud. 3854/94, pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular. La sentencia recurrida resolvió, pues, de acuerdo con la buena doctrina".

Es atinente, pues, remitirse, a efectos de evitar repeticiones inútiles, a los argumentos *in extenso* que se han manifestado en la mencionada sentencia unificadora [...]

TERCERO.–Lo anteriormente expuesto debe entenderse sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad civil, de carácter resarcitorio y naturaleza contractual, en que haya podido incurrir el empleador por concurrir culpa o negligencia en la contratación. No debe olvidarse que el artículo 1101 del Código Civil LEG 1889, 27 (CC) sujeta a la indemnización de daños y perjuicios a los que en cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo o morosidad o contravengan de cualquier modo el tenor de aquéllas y que el artículo 1258 CC obliga, una vez perfeccionado el contrato, no sólo al cumplimiento de lo pactado, "sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Tampoco debe ignorarse, al respecto, que el artículo 36.3 LO Ext. establece que los efectos que produce la omisión por parte del empleador de la autorización administrativa para trabajar –validez del contrato y obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle– se entiende "sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar". Entre estas obligaciones, impuestas *ex lege* al empresario figura la de "solicitar la incorporación al sistema de seguridad social de los trabajadores que ingresan a su servicio" (artículo 100.1 LGSS), así como la de cumplir la obligación de cotizar siendo responsable de su cumplimiento (artículo 104 LGSS).

Pero, naturalmente, aunque el incumplimiento empresarial de las obligaciones exigidas en estos preceptos, no tenga repercusión en el sistema público prestacional de la Seguridad Social, como antes se ha razonado, sí, en su caso y en principio, pudiera dar lugar al resarcimiento por el empleador de los daños y perjuicios de toda clase, que dicho incumplimiento de un contrato válido de trabajo –cual es el celebrado entre empresario y trabajador extranjero, aunque éste no tenga permiso de residencia, ni trabajo– ocasione al trabajador. Es decir, 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 titulo de prestaciones públicas, sino con alcance indemnizatorio a título de responsabilidad empresarial y sin garantía, por lo tanto, a cargo de la Seguridad Social.

CUARTO.–En virtud de lo razonado procede desestimar el presente recurso».

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Fecha: 17 de octubre de 2008.

Recurso de Suplicación: 78/2008.

Ponente: Dña. Mª Luisa Mediavilla Cruz.

Voz: Extranjero residente que carece de autorización de trabajo. Prestación por desempleo: estimación.

Resumen: «ÚNICO.–[...] 4. La segunda premisa es de naturaleza jurisprudencial, pues recientemente el Tribunal Supremo, en sentencia para unificación de doctrina, de 18 de marzo de 2008, ha alcanzado la conclusión de que la prestación por desempleo, sólo 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 encuentra en España en situación irregular, esto es, el que no cuenta con autorización para residir. Tal afirmación, viene avalada por los siguientes razonamientos: "(...) la interpretación del artículo 36.3 en su inciso final 'ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle" debe conducir a conclusiones distintas, en función de cual sea la situación del trabajador extranjero.

Si éste cuenta con autorización de residencia, la falta de la autorización para trabajar, dado que ya no invalida el contrato, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social, a las que el extranjero residente tiene derecho, *ex* artículo 14.1 de la propia LOEx, en pie de igualdad con los trabajadores españoles.

Si, por el contrario, el extranjero tampoco cuenta con la autorización de residencia, el hecho de trabajar sin la autorización de trabajo, pese a ser una falta grave, no será obstáculo para que pueda obtener "las prestaciones que pudieran corresponderle".

Pero tales prestaciones, de acuerdo con el artículo 14.3 LOEx antes transcrito, ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 sólo a los extranjeros "residentes", sino los "servicios y prestaciones sociales básicas"; entendiendo por tales, tanto los servicios sociales a los que alude el artículo 53 LGSS, como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe citar la prestación de asistencia sanitaria de urgencia que el artículo 12 de la propia LOEx reconoce a todos los extranjeros sin distinción, y también las prestaciones que nuestra Sentencia de 26 de mayo de 2004 (rec. 351/2003) calificó de "asistencia social externa a la Seguridad Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (artículo 149.1.17 de la Constitución), sino en el artículo 148 de la norma suprema, como competencia, que puede ser exclusiva, de las Comunidades Autónomas (STC 239/2002)".

Abona tal interpretación el argumento de que, desde la perspectiva finalista de la LOEx, no es lógico que el extranjero en situación irregular, es decir, no residente, pueda acceder por el hecho de cometer una falta grave que autoriza a su expulsión, a cua-

lesquiera prestaciones de Seguridad Social, a las que inicialmente y de acuerdo con el artículo 14 de la misma LOEx, nunca tendría derecho.

Ni tampoco es lógico, reconocer a los extranjeros en situación irregular, los mismos derechos que a los extranjeros residentes (que en la materia que nos ocupa tienen los mismos que los españoles) cuando es notorio que la legislación española de extranjería ha estado orientada siempre a estimular la emigración legal.

(...)

Conviene no obstante advertir que los razonamientos expuestos y los que se van a exponer en los fundamentos siguientes se refieren, como es lógico, a la prestación de desempleo de la Seguridad Social, que es la que aquí se reclama.

Y que deben entenderse sin perjuicio de la posible responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios que pudiera exigirse al empresario que da ocupación al extranjero no residente o irregular, en caso de aparición de determinadas contingencias comunes, siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social sea imputable a la actuación del empleador; responsabilidad que en tales casos tendría, repetimos, un carácter meramente indemnizatorio y sería, por tanto, directa del empresario, a su exclusivo cargo y sin obligación alguna para las entidades gestoras o colaboradoras.

Y ello, porque del propio hecho de la contratación irregular, nace para éste la obligación de asumir (artículo 36.3 LOEx) las "responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social"; responsabilidades que no pueden ceñirse exclusivamente a las relativas a la cotización que ya son exigibles por la vía del artículo 48 de la Ley 62/2003, porque en tal caso resultaría que se estaría limitando indebidamente el objetivo del artículo 36.3 LOEx y de toda la legislación de extranjería, que es desincentivar la contratación de extranjeros en situación irregular, y se llegaría al resultado contrario y paradójico de exigir menor responsabilidad al empresario que incurre en la más grave infracción.

(...) No obstante lo dicho hasta ahora, la circunstancia de que el artículo 36.3 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 encuentra 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. [...]

(...) No es posible, sin embargo, aplicar tal previsión al caso, puesto que lo que ahora se cuestiona no 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 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, 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, distinto 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.

(...) 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 1.041/2005, 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.

El artículo 42.2 alude sólo a "determinadas prestaciones", aunque sin concretarlas, lo que no permite otorgarle un alcance omnicomprensivo de todas las prestaciones de Seguridad Social que sería, como antes apuntamos, lo que resultaría si entendiéramos incluido el desempleo contributivo en esas "determinadas prestaciones".

Y aun entonces, persistiría el obstáculo que nace de la propia previsión del precepto, que condiciona el acceso a esas determinadas prestaciones a que éstas se hubieran podido obtener "de acuerdo con lo establecido en la Ley".

Porque la Ley General de la Seguridad Social que regula la prestación de desempleo, ha establecido para su reconocimiento, como acertadamente razona la sentencia recurrida, una serie de requisitos que en ningún caso pueden cumplir los extranjeros en situación irregular. (...)

(...) Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que la prestación de desempleo, sólo la puede obtener el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para trabajar (fue la situación que contemplaron las Sentencias de 21 de diciembre de 1994, rcud. 1466/94; 21 de septiembre de 1995, rcud. 834/95 y 25 de septiembre de 1995, rcud. 3854/94), pero no el

que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular".

5. Pues bien, partiendo de las dos premisas (fáctica y jurisprudencial), o dicho en otros términos, proyectada la doctrina jurisprudencial expuesta a los hechos que concurren en el presente caso, se alcanza la conclusión de que el actor, que cuenta con tarjeta de residencia, tiene derecho a la prestación por desempleo por la realización de trabajo por cuenta ajena aunque no contase con la pertinente autorización para trabajar».

Nota:

Respecto de la primera Sentencia reseñada, se plantea en el recurso de casación para la unificación de doctrina si un trabajador que ha prestado servicios sin las preceptivas autorizaciones de residencia y trabajo tiene o no derecho a inscribirse como demandante de empleo y a percibir las prestaciones por desempleo.

En la segunda de las Sentencias extractadas, un trabajador, de nacionalidad rumana, con tarjeta de residencia vigente, aunque sin estar autorizado para trabajar, había prestado servicios en una empresa algo más de dos años. Declarado en instancia improcedente el despido, el trabajador se inscribe como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo correspondiente y solicita la prestación contributiva. Ante el silencio de la Entidad Gestora, el trabajador presenta demanda de prestación por desempleo, siendo estimada en instancia, donde se declara su derecho a percibir dicha prestación y se condena a la empresa como responsable directa de la misma y a su pago, y al Servicio Público de Empleo Estatal al anticipo de la citada prestación, sin perjuicio de que pueda repercutir su importe sobre la empresa.

Consideramos conveniente realizar un comentario conjunto, puesto que ambas Sentencias versan sobre la misma cuestión (reconocimiento de la prestación por desempleo contributiva de un trabajador extranjero que carece de autorización de trabajo) y la fundamentación jurídica es casi idéntica, pues se basan en la doctrina unificada vertida en la STS de 18 de marzo de 2008 (rec. 800/2007), sobre la que se puede consultar un comentario en el número 18 de esta Revista (D. Carrascosa Bermejo y P. Charro Baena, *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,* pp. 235 y ss).

Como bien se sabe, el artículo 36.1 LOEx dispone que los extranjeros mayores de 16 años precisan la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar si desean ejercer cualquier tipo de actividad lucrativa, laboral o profesional, advirtiendo que si es el empleador el que quiere contratar a un extranjero deberá ser él quien solicite la autorización anterior (párrafo 3). Este mismo precepto señala también, en su redacción vigente, que «la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquéllas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle».

El precepto permite vincular los derechos laborales y de Seguridad Social al trabajo y no al contrato de trabajo. Así, la mayor parte de los pronunciamientos judiciales han venido realizando, desde la aprobación de la LO 4/2000, una interpretación extensiva de los derechos de los extranjeros en situación irregular, reconociéndoles la legitimación procesal para interponer una demanda judicial por despido, las consecuencias ligadas a la calificación de improcedencia que pueda recibir un despido, el derecho a percibir los correspondientes salarios de tramitación e, incluso, el derecho a exigir la responsabilidad del FOGASA; de estos pronunciamientos hemos ido dando cuenta en los números anteriores de esta Revista.

Dicho lo anterior, lo cierto es que el acceso de los extranjeros que carecen de las correspondientes autorizaciones de residencia y/o trabajo al nivel contributivo de la Seguridad Social, pese a la actual redacción del artículo 36.3 LOEx, no ha resultado tan pacífico, pues salvo en el caso de las contingencias profesionales, el reconocimiento de las prestaciones contributivas queda supeditado a la afiliación, alta y cotización.

En el núm. 11 de esta Revista (voz «Derecho al trabajo», pp. 137 y ss.) extractábamos las sentencias del TSJ de Castilla-León/Valladolid de 17 y 21 de noviembre 2005 (recursos de suplicación núms. 2050/2005 y 2051/2005), que fueron las primeras que reconocieron la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros que habían prestado sus servicios sin contar con la preceptiva autorización administrativa de residencia y trabajo. En estos casos, no se declaró responsable del pago de la prestación a la entidad gestora, sino a la empresa, sin perjuicio de que en virtud del principio de automaticidad previsto en los artículos 125.3 y 126.3 LGSS, la entidad gestora (Servicio Público de Empleo) estuviese obligada al anticipo de la prestación. A estos pronunciamientos les siguieron otros de idéntico signo: SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 30 de noviembre de 2005 y sede Burgos de 1, 9, 14 y 21 de marzo de 2006.

En sentido contrario, ciertas Salas de lo Social de los TSJ denegaron las prestaciones por desempleo contributivo a los trabajadores extranjeros en situación irregular (SSTSJ Murcia 13 de febrero de 2006 y Madrid 16 de enero de 2007), sobre la base de que el extranjero en situación irregular está, con carácter general, fuera del Sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de poder obtener ciertas prestaciones entre las que no se encuentra mencionado expresamente el desempleo, y la existencia de impedimentos legales insalvables para el extranjero en situación irregular que no puede cumplir los requisitos de acceso a la prestación de desempleo que solicita. En efecto, el extranjero sin autorización para trabajar no puede buscar activamente empleo, suscribir compromiso de actividad o aceptar colocación adecuada [LGSS, artículo 207.c), artículo 231.i)].

En unificación de doctrina, el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de marzo de 2008 resolvió la cuestión de forma tal que el artículo 36.3 LOEx debe ser reinterpretado en función de cuál sea la situación del trabajador extranjero, distinguiendo claramente dos posibilidades: 1.ª) Si el trabajador cuenta con autorización de residencia, la falta de la autorización para trabajar, como no invalida el contrato de trabajo, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social a las que el extranjero residente tienen derecho *ex* artículo 14.1 LOEx, en igualdad de condiciones que los españoles. 2.ª) Si, por el contrario, el extranjero tampoco cuenta con autorización de residencia, el hecho de trabajar sin la autorización de trabajo no será obstáculo para que pueda obtener «las prestaciones que pudieran corresponderle», pero tales prestaciones, de acuerdo con el artículo 14.3 LOEx, ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 (que sólo se refieren a los extranjeros residentes) sino los «servicios y prestaciones sociales básicas, entendiendo por tales tanto los servicios a los que se refiere el artículo 53 de la LGSS como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos.

Las Sentencias que ahora se comentan no hacen sino reiterar y aplicar la anterior doctrina al caso concreto. Sin embargo, no quisiéramos finalizar sin advertir que la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2008 desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, confirmando la STSJ de Madrid de 18 de julio de 2007 que deniega la prestación por desempleo a un extranjero, una vez liberado de prisión, que desarrolló una actividad laboral en los talleres productivos de un centro penitenciario. Dicha Sentencia fue comentada en el número 17 de esta Revista (pp. 167 a 170), y allí ya manifestábamos que el supuesto presentaba ciertas particularidades relevantes que no debían resolverse ni con iguales argumentos jurídicos que

cuando se trata de un extranjero que presta servicios sin la correspondiente autorización para trabajar, ni con el mismo signo. Aunque el extranjero careciera de la autorización de residencia, el propio ordenamiento jurídico impone su permanencia en España durante su internamiento en prisión, por lo que habría de calificarse de legal a ciertos efectos. Sin embargo, no ha sido éste el criterio mantenido por el Tribunal Supremo.

PERMISO DE TRABAJO

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

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
Fecha: 24 de septiembre de 2008.
Recurso de Apelación: 574/2008.
Ponente: Dña. M.ª del Camino Vázquez Castellanos.
Voz: Permiso de trabajo: solvencia económica del empleador: concesión.

Resumen: «PRIMERO.–Constituye el objeto del presente recurso de apelación la Sentencia dictada con fecha 30 de noviembre del año 2007, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 21 de los de esta Villa y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el número 468/2006, por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Darío, contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de fecha 1 de marzo de 2006, por la que se denegó la solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena formulada por D. Darío a favor de D.ª Leonor, y en consecuencia se estimó la solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena por él formulada a favor de D.ª Leonor.

Frente a la citada resolución se alza en esta instancia jurisdiccional el ABOGADO DEL ESTADO, quien solicita se admita el recurso de apelación y en cuanto al fondo de la cuestión, solicita que se revoque la Sentencia dictada. En apoyo de dicha pretensión y, en esencia, el apelante alega que en modo alguno puede considerarse acreditado que el actor haya probado la suficiencia de recursos pues el importe de las nóminas como vigilante de seguridad, que aportó en el expediente administrativo, denotan la insuficiencia de recursos y en cuanto a la empresa de la que es titular no acredita los beneficios de la misma.

Por su parte, D. Darío, parte apelada, vino a impugnar el recurso de apelación, y en esta instancia jurisdiccional solicitó la confirmación de la Sentencia por estimar que la misma es conforme a derecho.

SEGUNDO.–El artículo 53 del Real Decreto 2393/2004, de 30 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, sobre "Denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena" establece:

"1. La autoridad competente denegará las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena en los supuestos siguientes: ...

f) Cuando el empresario o empleador no garantice al trabajador la actividad continuada durante la vigencia de la autorización de residencia y trabajo, o bien cuando, siendo requerido para ello en los términos establecidos en el artículo 51, no acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo...".

Al amparo de los dispuesto en dicho precepto y estimando que D. Darío no había acreditado los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer

frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo, la Administración demandada denegó la solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena formulada por el Sr. Darío a favor de D.ª Leonor. La Sentencia de instancia analizando la prueba obrante en el expediente administrativo así como los documentos aportados con la demanda, estimó acreditado que el Sr. Darío sí había acreditado la suficiencia de recursos para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo puesto que el actor, casado y con tres hijos a su cargo, no sólo disponía de sus ingresos como vigilante de seguridad sino que también disponía de recursos como consecuencia de la actividad empresarial que realizaba al estar dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con fecha 1 de febrero del año 2005, teniendo varios trabajadores a su cargo.

Analizando dicha prueba es nuestro parecer que procede la confirmación de la Sentencia al compartir los razonamientos expuestos en la Sentencia de instancia respecto a la suficiencia de recursos del actor, único motivo de discrepancia, pues no solamente procede valorar las nóminas aportadas por el actor como vigilante de seguridad en la empresa "Estrella Veloz S.L." correspondientes a los meses de noviembre y diciembre del año 2005, y, enero del año 2006, por importes de 1884,32 euros, 1908,07 euros, y, 1914,01 euros, respectivamente, sino que el mismo dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con fecha 1 de febrero del año 2005 teniendo cuatro trabajadores a su cargo constando su afinación a la Seguridad Social. Ello nos conduce a la desestimación del recurso de apelación analizado por estimar acreditada la suficiencia de recursos para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo respecto a la empleada de hogar D.ª Leonor, cuya oferta lo es por una retribución bruta mensual de 650 Euros».

Nota:

Dentro del procedimiento establecido para la concesión la autorización inicial, y como parte de la documentación que es exigible al empresario o empleador, el artículo 51.c) del RELOEx dispone que la autoridad competente puede requerir, si así lo considera necesario, que se presenten los documentos que acrediten que cuenta con los medios económicos, materiales o personales para hacer frente a su proyecto empresarial y a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo. De acuerdo con lo establecido en el apartado f) del artículo 53 RELOEx, la falta de acreditación suficiente de este extremo podrá determinar la denegación de la autorización solicitada.

El procedimiento general arbitrado para la solicitud de autorización de residencia y trabajo se encuentra presidido por lo que se ha venido en llamar «función garantizadora» del empresario, que se materializa en que es él quien debe presentar la solicitud inicial, quien se responsabiliza de la afiliación y alta en la Seguridad Social (sin la cual pierde eficacia la autorización) y del mantenimiento de la actividad durante el tiempo de vigencia de la autorización (véase, M.ªA. Ballester Pastor, *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios,* Valencia, 2006, pp. 146 y ss.).

No cabe duda de que la exigencia de acreditación por parte del empresario de que cuenta con los medios económicos, materiales y personales suficientes para hacer frente a su proyecto empresarial –o, lo que es lo mismo, una declaración de solvencia– coloca al empresario en un marco de relaciones que supera, con creces, a las obligaciones que contraería con un trabajador español y que, en cierto sentido, podría considerarse que el extranjero vería así limitadas sus posibilidades de contratación.

En cualquier caso, parece adecuado que en la Sentencia que ahora nos ocupa, el Tribunal haya efectuado en sus justos términos la valoración de la suficiencia de recursos para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo, pues si bien la cuantía de las nóminas aportadas por el empleador podría llevar a dudar de su capacidad

económica, el hecho de que, además, lleve a cabo una actividad empresarial (acredita estar dado de alta en el Régimen de Trabajadores Autónomos y tener varios trabajadores a su cargo) disipa cualquier duda sobre contrataciones ficticias.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
Fecha: 14 de julio de 2008.
Recurso de Apelación: 1124/2006.
Ponente: D. Alberto Andrés Pereira.
Voz: Permiso de trabajo: renovación: denegación: falta de acreditación de actividad continuada.

Resumen: «PRIMERO.–La cuestión debatida en este recurso consiste en determinar si concurren las circunstancias legales determinantes de la renovación del permiso de trabajo y residencia del que disponía el interesado. Para la resolución de este extremo debe partirse de lo dispuesto en el artículo 38.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en el artículo 72 del Reglamento vigente en la fecha de autos, que fue aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

Según establece el primero de dichos preceptos, la renovación del permiso de trabajo procederá, entre otros supuestos, si persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial, o cuando se cuente con una nueva oferta de empleo en los términos que se establezcan reglamentariamente. Por su parte, el artículo 72.3 del Reglamento prevé la renovación del permiso de trabajo si continúa la relación laboral que dio lugar a la concesión del permiso que se pretende renovar, o bien se ha suscrito un contrato de trabajo con nuevo empresario o empleador o, en su lugar, se dispone de una nueva oferta de empleo. Una interpretación sistemática de dicho precepto conduce a la conclusión de que, en todo caso, se exige que el interesado haya realizado habitualmente una actividad laboral durante el período de vigencia del permiso que se pretende renovar, al tiempo que se han cumplido las obligaciones derivadas del régimen de Seguridad Social aplicable, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 81.2.1.g) del propio Reglamento.

SEGUNDO.–En el caso que ahora se examina, el contenido del expediente administrativo permite apreciar que el recurrente solicitó la renovación de su permiso de trabajo tipo B renovado, con una vigencia de dos años, período que había finalizado el 17 de febrero de 2005. Del informe de vida laboral del interesado que consta unido a las actuaciones, se deduce que en los dos años anteriores a la expiración de la vigencia del permiso de trabajo, esto es, desde el 17 de febrero de 2003 hasta idéntica fecha de 2005, consta haber trabajado y cotizado por un período de 125 días, al tiempo que el actor disponía de contrato de trabajo en la fecha en que solicitó la renovación del permiso. Aun cuando no sea aplicable por razones de temporalidad al supuesto de autos, el vigente Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004 ofrece una pauta de interpretación respecto del tiempo exigible de actividad laboral durante la vigencia del permiso anterior, al establecer en su artículo 54.4 que se renovará la autorización del trabajador que haya tenido un período de actividad de al menos tres meses por año, siempre y cuando se acredite, entre otros supuestos, que el interesado dispone de un contrato de trabajo en vigor en el momento de solicitar la renovación. En este caso, el informe de vida laboral pone de relieve que el apelante trabajó y cotizó a la Seguridad Social durante 125 días en los dos años de vigencia del permiso que se pretende renovar, lo cual supone evidentemente menos de tres meses por año. No puede computarse, como interesa el apelante, todo el período transcurrido hasta la actualidad, puesto que lo relevante es la actividad laboral realizada durante la vigencia del permiso que se pretende renovar.

En consecuencia, debe considerarse que el recurrente no ha venido realizando con habitualidad una actividad laboral bajo la vigencia del permiso de que disponía, motivo por el cual debe desestimarse en su integridad el presente recurso de apelación».

Nota:

La Sentencia aborda las condiciones para renovar autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena que giran en torno a la actividad prestada por el trabajador extranjero durante la vigencia de la referida autorización. El artículo 72.3 del primer desarrollo reglamentario de LO 4/2000, Ley de Extranjería, RD 864/2001, de 20 de julio –aplicable en este supuesto–, exigía que el trabajador acreditase para la renovación del permiso de trabajo por cuenta ajena la continuidad de la relación laboral que dio lugar a la concesión del permiso a renovar. También, procedía la renovación, aunque no subsistiese la relación laboral anterior, cuando el trabajador hubiese suscrito otro contrato con un nuevo empleador y figurase en situación de alta o asimilada al alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social. En el caso de contar con una nueva oferta de empleo, el trabajador extranjero debía acreditar la realización habitual de la actividad laboral en el período de vigencia del permiso anterior.

Han sido muchos los pronunciamientos judiciales que han interpretado la exigencia de la continuidad proponiendo, más allá de una interpretación literal del texto normativo, la aplicación de otros criterios hermenéuticos, y en especial el que alude al espíritu y finalidad de la norma. Así se ha dulcificado el requisito de la continuidad atendiendo tanto a circunstancias subjetivas del trabajador como a condiciones objetivas del sector de la actividad donde lo desempeña o de circunstancias coyunturales por las que atraviesa el empleo en nuestro país.

Aun así, en el supuesto que resuelve la Sentencia objeto de comentario el trabajador extranjera acredita tan sólo cotización durante 125 días durante los dos años de vigencia del permiso que se pretende renovar. Al no constar circunstancias particulares que hubiesen podido ser atendidas, el Tribunal acertadamente desestima el recurso interpuesto por la representación del trabajador extranjero contra la sentencia desestimatoria del recurso de alzada formulado contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Lleida, por la que se denegó la renovación del permiso de residencia y trabajo por faltar la habitualidad en la actividad laboral. Y ello es así porque cuando se debe probar dicho extremo es en el momento de presentar la solicitud de renovación del permiso, y durante su vigencia, no cuando conoce del recurso el Tribunal.

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia 10/2008 de la Audiencia Provincial de Málaga.

Fecha: 29 de febrero de 2008.

Voz: Inmigración clandestina.

Resumen: Se condena al acusado como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros al haber ocultado en su vehículo a un individuo que carecía de la documentación para viajar a la Península y sobre el que pesaba una orden de expulsión de España.

«Se declara probado que aproximadamente sobre las 14:15 del día 4 de noviembre de 2006 el acusado Ismael se encontraba en Puerto de Melilla con intención de embarcar en el buque con destino a Almería, conduciendo el vehículo de su propiedad marca Citroën Xara Picasso, matrícula (...). Junto a dicho acusado viajaba, en el asiento delantero derecho, su esposa, la también acusada Ana María, y en el asiento trasero un varón que resultó posteriormente identificado por la Policía como Guillermo.

El acusado y su ocupantes pasaron el primer control de equipajes y mercancías, de tipo fiscal-aduanero, que realiza la Guardia Civil, a la vista de los agentes de dicho Cuerpo, pero pasado este primer control, y antes de llegar al segundo control, de identida-

des y pasajeros que realizan los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, el acusado detuvo el vehículo y rehizo la carga del maletero, ocultando en su interior entre las maletas del equipaje al mencionado Guillermo, el cual carece de la documentación necesaria para viajar a la Península, y sobre el que pesaba una orden de expulsión del territorio nacional, (...), pendiente de ejecutar.

No queda suficientemente acreditada la participación de la acusada Ana María en los hechos enjuiciados, más allá de la de ser mera espectadora sin posibilidad de impedir la actuación de su esposo, el acusado Ismael.

(...).

La participación del acusado en los hechos enjuiciados queda meridianamente acreditada mediante la prueba practicada en el acto de la vista oral, singularmente mediante su propia confesión y reconocimiento de los hechos, puesta en relación con la testifical de los agentes de la Guardia Civil que pudieron percatarse de la actuación de dicho acusado.

Tanto porque así se desprende de lo relatado en el atestado instruido por la Guardia Civil (...) como por ser un hecho notorio para todos los habitantes de Melilla, se ha de hacer constar que para embarcar en cualesquiera de los buques con destino a la Península, hay que pasar dos controles. Un primer control de mercancías y equipajes que realiza la Guardia Civil, cuyos agentes no piden la documentación a los ocupantes de los vehículos, limitándose a fiscalizar los equipajes del maletero y demás objetos transportados en el vehículo. Y un segundo control de identidades y pasajeros, que realizan los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, los cuales exigen la documentación a los ocupantes de los vehículos y la comprueban, pero sin abrir los maleteros de los vehículos ni examinar los objetos transportados en los mismos, pues dichas operaciones ya han sido realizadas en el primer control llevado a cabo por la Guardia Civil. Ambos controles no están situados de forma contigua, ni en línea recta, no existiendo visión directa entre ambos, siendo necesario efectuar un giro y doblar una pared, una vez pasado el primer control, para acceder al segundo.

Así las cosas, parece clara la intención del acusado. Una vez pasado el control de la Guardia Civil, y examinado el maletero de su vehículo, aprovechando la distancia existente entre ambos controles, introdujo al inmigrante ilegal en el maletero, antes de llegar al control de la Policía, pues en este control ya no tendría que abrir el maletero sino entregar la documentación de las personas que viajan en el coche a la vista de los agentes.

No resulta probado, lo cual también resulta intrascendente a los efectos que ahora nos ocupan, que el inmigrante ilegal sea hermano del acusado. Nótese que durante la instrucción, todos ellos (el acusado, su esposa, y el inmigrante) decían que se trataba de su primo. Por otro lado, en el plenario compareció una persona que se identificó con el pasaporte marroquí n.º (...), a nombre de Gustavo, diciendo que él era la persona que viajaba en el vehículo que dijo llamarse Guillermo, y que se trata del hermano de citado acusado. Pero sin embargo, nada de esto resulta acreditado. (...) la Policía Científica identificó al inmigrante ilegal como Guillermo, y por otro lado no existe prueba alguna del parentesco que alegan tener entre ellos.

Respecto de la acusada Ana María, esposa del acusado Ismael, ha de hacerse constar, como se ha señalado en el anterior relato de hechos probados, que no queda suficientemente acreditada su participación en los hechos enjuiciados, más allá de la de ser mera espectadora sin posibilidad de impedir la actuación de su esposo. Por lo que ante ello, procede su libre absolución».

Tribunal: Sentencia 106/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid.
Fecha: 5 de marzo de 2008.

Voz: Inmigración clandestina: ciudadanos búlgaros y rumanos.

Resumen: Se absuelve a los acusados de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En el supuesto de ciudadanos búlgaros y rumanos, tras la adhesión de estos países a la Unión Europea, es improcedente su inclusión en el delito de inmigración clandestina del artículo 318.bis del Código Penal, al ser el mecanismo de protección y los derechos que les corresponden los propios de los ciudadanos de la Unión Europea.

«El acusado Juan Luis, alias Santo, cuyas circunstancias personales ya constan, en abril de 2004 vino a España junto con la testigo protegida (identificada plenamente en pieza reservada) y se instalaron inicialmente en Barcelona. Un mes después llegaron a Madrid y convenció a dicha testigo para que ejerciera la prostitución. Desde ese mismo momento y hasta el momento de su detención policial mediante presiones de distinto género se apropió de una parte sustancial del dinero que ganaba por el ejercicio de la prostitución, dejándola a ella el dinero indispensable para subsistir.

El acusado Carlos Alberto, alias Pitufo, cuyas circunstancias personales ya constan, mediante engaños y ofreciéndole un trabajo trajo a España a la testigo protegida (...) y desde el primer momento y ante la situación de necesidad que se le presentaba comenzó a ejercer la prostitución. Desde esa fecha el acusado le indicó en qué locales tenía que ejercer la prostitución y hasta el momento de su detención policial se apropió de una parte sustancial del dinero que ganaba por el ejercicio de la prostitución, dejándola a ella el dinero indispensable para subsistir.

(...).

Con relación a los ciudadanos de Bulgaria y de Rumania, que ya son ciudadanos de la Unión Europea, por lo tanto dotados de los derechos derivados de la ciudadanía, con los mecanismos de protección que se proclaman en los Tratados de la Unión, no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas de inobservancia de una específica cláusula de salvaguarda ejercitada por España de carácter temporal y sometida a una Declaración de urgencia en la aproximación al acervo comunitario y al Tratado de Schengen, pues las condiciones que afectan a los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea aparecen protegidas y salvaguardadas por la normativa de la Unión no afectada por la cláusula de salvaguarda que, se recuerda, sólo afecta a las condiciones de contratación laboral durante un período determinado.

(...).

La posible afectación a la libertad del ciudadano extranjero, como en el caso de la determinación coactiva a la prostitución, haría de aplicación el art. 188 del CP, sin que, en este caso exista diferenciación según el sujeto pasivo sea nacional rumano, ciudadano de la Unión o extracomunitario. Pero en lo que afecta al delito de inmigración clandestina, en los términos en que ha sido abordado por la jurisprudencia de la Sala, la situación del nacional, rumano o búlgaro, no es distinta de cualquier ciudadano de la Unión, por la protección a la persona en el ámbito territorial de la Unión que resulta del Anexo II del Tratado de la Unión y no hay riesgo potencial de los derechos personales y a la libertad derivado del ciudadano de la Unión, supuesto que sí puede concurrir con relación a ciudadanos no comunitarios.

En conclusión, en el supuesto de ciudadanos búlgaros o rumanos, tras la adhesión de estos países a la Unión Europea, no es procedente la subsunción en el delito de inmigración clandestina del art. 318 bis, por el que han sido condenados los recurrentes. En primer lugar por razones de tipicidad, dada la proclamación de la libre circulación de personas. También por razones de seguridad jurídica, pues la tipicidad no puede depender de un Acuerdo de Consejo de Ministros, actuando o dejando sin efecto una cláusula de salvaguarda en los términos que

resultan del Anexo VII del Tratado de adhesión y de la Declaración conjunta. Además, por falta de lesividad al bien jurídico protegido por el tipo penal. En los términos que hemos expuesto, el bien jurídico no es sólo la política sobre flujos migratorios, sino que es precisa una afectación, real o potencial, de los derechos del ciudadano, lo que no es posible afirmar, en términos generales, cuando el mecanismo de protección y los derechos que les corresponden son los propios de los ciudadanos de la Unión Europea».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas.
Fecha: 3 de junio de 2008.
Ponente: Don Secundino Alemán Almeida.
Voz: Inmigración clandestina: explotación sexual.
Resumen: Se condena a los acusados como autores/cómplices penalmente responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros al haber favorecido la inmigración clandestina a España con fines de explotación sexual.

«Estando probado y así se declara, que entre principios de 2000 y octubre de ese mismo año, con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial ilícito, los acusados contra los que finalmente se dirige la acusación, promovieron la inmigración ilegal a España de súbditas colombianas como (...), así como de súbditas de Lituania y Letonia, entrando por el aeropuerto de Madrid-Barajas la mayoría de ellas, simulando su entrada y estancia como turistas, cuando realmente venían a ejercer la prostitución en diferentes locales de Asturias y Fuerteventura, permaneciendo más de tres meses en dichos locales de forma irregular ejerciendo tal actividad.

Una vez en España, (...) les rompían sus billetes de regreso a Colombia, y las introducían en un piso sito en la calle [...] de Madrid, donde las retenían hasta que las colocaban en algún club de alterne.

(...).

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (...), siendo responsables de dicha infracción penal en concepto de autores (...), los acusados (...) lo cuál se deriva del expreso reconocimiento que de su implicación en los hechos declarados como probados, efectuaron en el juicio oral, y cuya adecuación típica al delito apreciado es evidente en cuanto favorecían la inmigración clandestina a España con fines de explotación sexual».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 5 de junio de 2008.
Recurso de Casación: 11061/2007.
Ponente: Don Juan Saavedra Ruiz.
Voz: Inmigración clandestina: presunción de inocencia.
Resumen: Se declara no haber lugar al recurso formalizado por el recurrente. La prueba incriminatoria acredita la directa participación del actor en los hechos como la personal que transportaba en el interior de un doble fondo del remolque del vehículo de su propiedad a dos personas indocumentadas a quienes pretendía introducir en la Península al margen de los cauces legales y por una suma no determinada de dinero.

«En el caso de autos el recurrente ha sido condenado como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros porque, a tenor del hecho probado, fue sorprendido por agentes de la Guardia Civil en Ceuta cuando pretendía acceder al trasbordador con destino Algeciras llevando ocultas en el interior de un doble fondo del remolque del vehículo de su propiedad a dos personas indocumentadas, a quienes pretendía introducir en la península al margen de los cauces legales a cambio de una suma no determinada, el acusado había ocultado a dichas personas tras un panel de madera encajado a presión en la parte delantera del remolque a consecuencia de lo cual y por las circunstancias en que se encontraban, se puso en peligro su vida e integridad física.

Y es que tales hechos se acreditan como expone la sentencia recurrida en atención a la testifical del

agente que intervino en las actuaciones y encontró a los inmigrantes en el interior del doble fondo y que señaló la imposibilidad de que se hubieran introducido por sí solas en el lugar dado que el panel había que encajarlo de fuera hacia dentro y después colocar la lona que cubría el remolque, en un tiempo mínimo de 20 minutos; por ello razona con lógica la Sala que no sólo se precisaba la ayuda de un tercero que conociera la existencia del panel —y sus medidas, precisas para encajarlo— sino que dicha persona tuviera presteza y tiempo para tal operación, circunstancias que únicamente concurren en el acusado propietario y conductor del vehículo y remolque. Y de otro lado las explicaciones del mismo resultan inconsistentes y su razonamiento para justificar la trayectoria de su viaje es inexplicable e ilógico como se constata con la lectura del análisis que la Sala hace sobre tales manifestaciones.

En conclusión, existe prueba lícita e incriminatoria que acredita la directa participación del recurrente en los hechos como la persona que transportaba a los ocultos viajeros, y en consecuencia la que promovía, facilitaba o favorecía la inmigración ilegal de las personas que en ella viajaban, sin que las comprensibles manifestaciones exculpatorias de éstas leídas en juicio desvirtúen la conclusión del Tribunal conforme a lo expuesto y a las discrepancias que en ellas observa. Se añade a ello la irracionalidad de otra explicación para la ocultación de los dos viajeros en la forma indicada y sin el conocimiento del conductor de quien va a depender el éxito del viaje y la propia integridad física hasta poder salir de nuevo del escondite. Del mismo modo el examen de la sentencia sobre las circunstancias del viaje de acuerdo con las citadas pruebas determina la concurrencia de peligro para la integridad física de los inmigrantes ocultos en el remolque.

En definitiva el Tribunal *a quo* ha dispuesto de una prueba suficiente sobre una serie de datos fácticos jurídicamente relevantes para el debido enjuiciamiento de los hechos que han motivado la incoación de esta causa: que los inmigrantes que iban en el remolque trataban de pasar ilegalmente a la península y que la intervención del conductor de aquél era sustancial, colaborando activamente para que pudieran eludir los controles establecidos. No se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque el Tribunal de instancia ha valorado racionalmente las pruebas practicadas para concluir que el recurrente es responsable de tales hechos».

Tribunal: Sentencia 484/2008 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de tenerife.
Fecha: 19 de junio de 2008.
Ponente: Don Francisco Javier Mulero Flores.
Voz: Inmigración clandestina: presunción de inocencia.
Resumen: Se condena a los acusados como autores criminalmente responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Traslado de 55 indocumentados desde Mauritania a la Isla de Tenerife careciendo los ocupantes del cayuco de autorización para entrar en España.

«Declaramos probado que los acusados (...) ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, arribaron al Muelle de Los Cristianos (Arona) en la Isla de Tenerife el día 3 de diciembre de 2007 en una embarcación tipo cayuco de 14,5 metros de eslora, 2,5 metros de manga y 1, de puntal, en el que viajaban 55 personas, procedentes de Noabidhou (Mauritania), después de 4 días de navegación.

Los acusados asumieron por expresas instrucciones de los organizadores del viaje el patronaje de la citada embarcación, manejando el motor, portando GPS y Brújula, realizando la distribución de víveres y agua entre los ocupantes y adoptando cuantas decisiones propias de su cargo fueran necesarias para que la embarcación arribara a las costas de la Isla de Tenerife, con la finalidad de introducir inmigrantes de forma clandestina en el país, careciendo los ocupantes del cayuco de autorización para entrar en España.

Durante la travesía debido al tipo de embarcación, condiciones de la mar y escasez de medios vieron

los ocupantes de la embarcación peligrar su vida e integridad física, lo que provocó el fallecimiento de uno de los tripulantes de 26 años de edad, por deshidratación sufrida durante la travesía, las condiciones meteorológicas y deficiente nutrición e hidratación.

La embarcación fue interceptada el 3 de diciembre de 2007, a una milla, aproximadamente, del Puerto de las Galletas, al sur de Tenerife y escoltada hasta el Puerto de los Cristianos por la Guardia Civil.

(...).

Efectivamente la conducta de los acusados, recogiendo a una serie de personas en las costas africanas (Mauritania), 55 en total, siendo trasladados a una playa durante la noche y desde pequeños cayucos hasta uno mayor, en el que hicieron la travesía, y con la finalidad de traerlos hasta la Isla de Tenerife para de esta manera introducirlos ilegalmente en nuestro país, ya que todos carecían de la correspondiente documentación, encaja perfectamente en el número 1 del referido precepto, al favorecer los acusados con su conducta, —consistente en patronear la nave, dirigiéndola en el océano y distribuyendo la comida y agua entre los pasajeros, así como disponiendo del combustible y dando órdenes para el buen gobierno de la misma—, la inmigración clandestina de personas o ilegal tráfico humano, y ello lo efectúan de forma consciente y voluntaria en circunstancias tales que evidencia el grave y concreto peligro para la vida de todos los ocupantes de la patera. Lo que encaja en el tipo agravado.

Concurre pues, como elemento específico de agravación de dichas conductas (...), el hecho de que pusieron en grave peligro la vida, la salud y la integridad física de los inmigrantes, dadas las precarias condiciones de la embarcación y la ausencia total de medidas de seguridad o de prevención, que en una travesía tal, de varios días y a través del Océano Atlántico, han de ser mínimamente exigibles, y ante contingencias tan comunes como una posible deshidratación. Y es que la travesía lo fue en una frágil embarcación tipo cayuco o patera, que interceptada a tres millas de la costa sería escoltada hasta la orilla por la patrullera de Salvamento Marítimo de la Guardia Civil, haciéndose constar en el atestado, (...), las características de la embarcación, de 14,5 metros de eslora y 2,5 de maga y 1 de puntal donde viajaban hacinados un total de 55 personas. Y hasta tal punto pusieron en peligro la vida y salud de los tripulantes, que uno de ellos, de 26 años, falleció en la travesía, por causa de la deshidratación y desnutrición, sin que estuviera previamente enfermo, tal y como se señala en el informe médico forense, no impugnado e introducido en el plenario a petición expresa del Ministerio Fiscal. Todo ello sin perjuicio de que tal circunstancia se objetiva en la embarcación utilizada, de tan pequeñas dimensiones para acometer una travesía en el Océano (como recuerda Sala II en su S. núm. 491/2005, de 18 de abril).

(...).

Si bien, en cuanto a la individualización de la pena, teniendo en cuenta que se les acusa del tipo agravado (...), valorando las circunstancias concurrentes y las personales de los autores, estima la Sala que tratándose un comportamiento favorecedor del tráfico ilegal, mediante la ejecución de actos de contenido colaborador, pero sin duda en un escalón por debajo de los organizadores del viaje, y con el expreso deseo, al ejecutar tales actos, no de obtener un lucro, sino de entrar de forma ilegal, al igual que el resto de los ocupantes del cayuco, en el territorio español, aunque insistimos, colaborando con aquéllos, —que es lo que hace típica la conducta—, estimamos de aplicación el tipo atenuado (...) imponiéndole la pena inferior en un grado y fijándola en tres años y seis meses de prisión».

Tribunal: Sentencia 97/2008 de la Audiencia Provincial de Las Palmas.
Fecha: 19 de junio de 2008.
Ponente: Doña Pilar Parejo Pablos.
Voz: Inmigración clandestina: presunción de inocencia.

Derecho penal

Resumen: Se condena a los acusados como autores de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, al haber transportado en un cayuco a 49 inmigrantes indocumentados, sin elemento alguno de seguridad y con intención de quedarse en España.

«Probado y así se declara que el día 1 de junio de 2006, los acusados (...), mayores de edad y sin antecedentes penales, fueron interceptados por la embarcación de Salvamento Marítimo a 134 millas náuticas de Gran Canaria, a 100 millas náuticas de la isla del Hierro, a 120 millas náuticas de Tenerife y 117 millas náuticas de La Gomera; en una embarcación tipo cayuco junto con cuarenta y nueve personas más de origen subsahariano, todas indocumentadas.

Los tres acusados se turnaban para dirigir el cayuco y se encargaban de darles comida al resto de los pasajeros de la embarcación.

(...).

En el presente caso, de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral, revestida de todas las garantías y debidamente sometida a los principios de inmediación, contradicción y oralidad, ha quedado acreditado que los tres acusados el día de los hechos, con su conducta, favorecieron y facilitaron, el tráfico ilegal de personas con destino a España.

Los tres acusados reconocieron en el acto del juicio, como ya lo hicieran en la fase de instrucción, que llevaban el cayuco y que no pagaron nada por venir en la citada embarcación y a cambio, o bien cocinaba (...), o bien dirigían el cayuco, como declaran los otros dos acusados que admiten que llevaban el timón, incluso (...) terminó admitiendo que llevó la embarcación mientras sus compañeros descansaban.

(...).

Concurre en la conducta de los acusados, una de las agravaciones prevista en el párrafo tercero del artículo 318 bis del Código Penal, al crear una situación concreta de puesta en peligro para el bien jurídico protegido, la vida, la salud o la integridad de las personas que ocupaban la embarcación, gravedad del peligro, que habrá de determinarse por los parámetros de la previsibilidad del resultado, y cuya entidad dependerá del número de posibles afectados y del tipo de lesión, con un desprecio por parte del sujeto activo, de las más elementales normas de seguridad, lo cual es patente en el caso que nos ocupa, donde los acusados, dirigen una embarcación, tipo cayuco, carente de todo tipo de seguridad, con 49 personas a bordo, (más los tres acusados), excesivas para las dimensiones habituales de las mismas y cuyos ocupantes están expuestos a todo tipo de riesgo, no sólo el normal en cualquier travesía por mar, cuando se goza de elementos de seguridad, despreciando las más elementales precauciones en la realización del viaje, y que la práctica demuestra que en muchas ocasiones, origina un fatal desenlace. No es necesario que el peligro se hubiera materializado en un resultado lesivo, bastando esa previsibilidad del resultado, que necesariamente los acusados conocían cuando emprendieron el viaje en esas condiciones, en un cayuco, sin elemento alguno de seguridad, de poca o nula estabilidad, y de dimensiones reducidas para transportar en la misma a 49 personas, condiciones todas ellas que hacían la embarcación insegura.

Estimamos que no queda debidamente acreditado el ánimo de lucro en los acusados, pues no existe ningún indicio de que fueran a volver al país desde donde habían partido y no consta que se les encontrara dinero en su poder, al menos en la cantidad suficiente como para poder asegurar que era el beneficio obtenido por traer al resto de los inmigrantes. Por el contrario estimamos que los acusados conducían el cayuco, trasportando al resto de los ciudadanos extranjeros, pero con intención de quedarse en España, es decir también se estaban trasportando a sí mismos.

Del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, son autores los tres acusados por la

participación material y directa que tuvieron en su ejecución».

HOMOLOGACIÓN

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 1 de julio de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 1369/2006.
Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.
Voz: Homologación: cirugía plástica. Uruguay.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se deja en suspenso la homologación del título de Médico Especialista en Cirugía Plástica obtenido en Uruguay, hasta que se acredite la superación de una prueba de conjunto.

«En el presente recurso se impugna la resolución del Secretario de Estado de Universidades e Investigación de 5 de diciembre de 2006 por la que se deja en suspenso la homologación del titulo de Medico Especialista en Cirugía Plástica, Estética y Reparadora, obtenido en la Universidad de la República Oriental de Uruguay (Uruguay), hasta que se acredite la superación de una prueba teórico-practica.

La resolución se fundamenta en la falta de equivalencia en el programa extranjero acreditado por el solicitante con respecto al español.

En la demanda se afirma la plena equivalencia entre el título uruguayo y el español, ya que la duración de la formación en ambos casos es de cinco años y la Comisión Nacional de la especialidad afirma que las diferencias entre contenidos no son esenciales y de ahí que no se concrete cuales son estas diferencias. Por ello la recurrente interesa que le sea homologado su titulo de médico especialista sin necesidad de superar prueba teórico practica y subsidiariamente que se entienda que la resolución recurrida está inmotivada al no haberse especificado las materias que faltaban en la formación.

(...).

En el caso de autos el juicio de equivalencia que implica la homologación solicitada ya fue objeto de la oportuna apreciación técnica por parte de la Comisión Nacional de la especialidad (24 de noviembre de 2005), cuya evaluación final fue a favor de la prueba teórico-práctica, concluyéndose que en los estudios de especialización médica conducentes a la expedición del título uruguayo no existía equivalencia de duración ni de contenidos con los requeridos en la formación española y al entender que "las diferencias entre contenidos no eran esenciales y que el interesado ha realizado ejercicio profesional posterior a la obtención de título por un tiempo superior al doble de la diferencia de duración entre los programas formativos, valorado positivamente por la comisión Nacional, habiendo llevado a cabo, además, actividades científicas o académicas que permiten condicional su homologación a la superación de la prueba teórico práctica".

Por ello es más que evidente que la relevancia resolutoria no estaba en las diferencias de contenidos, pues aunque no existe una correspondencia absoluta se considera que las diferencias no son esenciales, y es la importante falta de equivalencia en duración la que impedía e impide la homologación directa y en cuanto a la posibilidad de una prueba de conjunto, la disposición decimotercera apartado segundo de la reiteradamente mencionada Orden Ministerial prevé tal posibilidad cuando la duración del período formativo realizado por el solicitante fuese inferior a la exigida en España (en el caso de autos la diferencia existente entre ambos períodos formativos es del 40% respecto de la duración exigida en España) y siempre que la duración del ejercicio profesional en la especialidad posterior a la obtención del titulo cuya homologación se pretende sea al menos el doble de la diferencia existente entre la de la formación especializada efectuada en

Homologación

el extranjero y la exigida en España. La existencia de este ejercicio profesional posterior, con la entidad bastante para posibilitar la prueba de conjunto, no ha sido cuestionada ni por el órgano técnico ni por la resolución recurrida.

Por tanto, no procede directamente la homologación y es adecuada la resolución recurrida en la medida que deja en suspenso la homologación solicitada supeditándola a la superación de una prueba de conjunto».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 9 de julio de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 509/2006.
Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.
Voz: Homologación: Bachelor of Science in Aquatic Ecotechnology. Países Bajos.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se deniega la solicitud de homologación del título de Bachelor of Science in Aquatic Ecotechnology obtenido en los Países Bajos. El Tribunal acuerda retrotraer las actuaciones al momento de la solicitud inicial para que se tramite así el expediente y se emita por el órgano técnico competente el oportuno dictamen sobre el juicio de equivalencia de la formación cursada.

«En el presente recurso se impugna la resolución del Ministro de Educación y Ciencia de 22 de mayo de 2006 por la que de deniega la solicitud de homologación del titulo de Bachelor of Science in Aquatic Ecotechnology obtenido en la Hogeschool Zeeland (Países Bajos) al título español de Licenciado en Ciencias Ambientales, solicitud formulada el 31 de julio de 2001.

La resolución recurrida se basa en el art. 86.3 de la LO 6/2001 ya que el título no se obtuvo en centro con autorización para impartir en España estudios de nivel universitario.

(...).

Se plantea en el presente recurso la homologación de un título holandés, tras la realización por el recurrente de los correspondientes estudios de cuatro años de duración en la Escuela Superior de Negocios y Estudios Internacionales (ESNE) en Santa Cruz de Tenerife. El mencionado centro obtuvo la autorización para impartir enseñanzas conducentes a la obtención de un título universitario extranjero con efectos a partir del curso 1999/2000 por lo que durante todos los años de los estudios del recurrente, (1995/1996 a 1998/1999), el centro carecía de la oportuna autorización.

La autorización se produjo por Orden del Gobierno de Canarias de 27 de marzo de 2000 con efectos a partir del curso 1999-2000.

La autorización para el establecimiento y funcionamiento de dicho Centro no conlleva el derecho a homologación automática en España de los estudios que se impartan en el mismo, homologación que queda sometida a lo dispuesto en la normativa general sobre homologación de títulos extranjeros de educación superior.

(...).

Este concreto tema ya ha sido objeto de estudio por esta Sala en múltiples ocasiones por lo que a continuación se reproduce la exposición que con relación al mismo se contiene en la Sentencia de 15 de marzo de 2005, Rec. 355-04:

(...).

"Comparados los hechos a que se contrae el recurso con la interpretación acabada de exponer resulta que la recurrente presentó para su homologación el correspondiente título de 'Bachelor of Arts in Business Administration', expedido por The University of Coventry, universidad que está debidamente constituida conforme a la legislación británica, y se trata de títulos oficiales que responden a los planes de estudio de esa Universidad que, a su vez, ha auto-

Homologación

rizado a 'Know How, centro de estudios especializados SA' para que los imparta, con plena validez y reconocimiento en el Reino Unido, que ejerce el correspondiente control sobre los centros de dicha Universidad, incluidos los que tiene en España, aspectos que, por otro lado, no se cuestionan por la Administración demandada.

Por ello la resolución impugnada no se ajusta al ordenamiento jurídico en cuanto rechaza la homologación directamente al invocar la falta de carácter oficial de los estudios realizados para obtener el título presentado por el recurrente para su homologación pues, siendo dicho título oficial y con plena validez en el país en que se expidió, la Administración no puede cuestionar tal carácter, cuya definición no le corresponde, como ha quedado expuesto, sino que ha de tramitar el procedimiento establecido en el Real Decreto 86/1987 y las normas de desarrollo y resolver en consecuencia, previos los informes técnicos que en esas normas se establecen y atendiendo al resultado del juicio de equivalencia sobre el alcance de la formación recibida en relación con la exigida para la obtención del título español correspondiente, normativa a la que remite el art. 19 del Real Decreto 557/1991, de 12 de abril, invocado por la Administración, aún en el caso en se haya obtenido la autorización prevista en ese precepto de manera que dicha autorización afecta a las condiciones de funcionamiento del centro en España, con las consecuencias que el ordenamiento interno atribuye, pero es ajena a las previsiones normativas del país de origen a la que responde la expedición de sus títulos oficiales, salvo que dicha normativa extranjera remitiera a la española en tal aspecto y, aún así, el control de su cumplimiento a efectos de expedición del título correspondería a las autoridades de dicho país por lo que, al no entenderlo así la resolución impugnada procede revocarla.

(...)".

Además, en la citada sentencia del Tribunal Supremo, a diferencia de lo que ocurre en el presente recurso, se sitúa el fundamento de la desestimación de la pretensión de homologación en la inexistencia de equivalencia de los estudios, comparación que aquí no se ha realizado al optar la Administración únicamente por la denegación liminar, sin realizar tal juicio con base en los criterios expuestos también en el informe del Consejo de Coordinación Universitaria, antes mencionados.

(...).

"La anulación de la resolución no supone estimar la procedencia de homologar el título de la recurrente, lo que sólo podrá tener lugar tras la tramitación del correspondiente expediente y tras el informe del órgano técnico competente para realizar el juicio de equivalencia antes aludido, por lo que procede estimar en parte el recurso y anular la resolución impugnada en cuanto deniega la homologación solicitada y ordenar la retroacción de actuaciones al momento de la solicitud inicial para que se inicie y tramite el correspondiente expediente en los términos que resultan del Real Decreto 86/87 y en el que se emita el oportuno dictamen por el órgano técnico competente sobre el juicio de equivalencia de la formación cursada por el solicitante en relación con la exigida en España para la obtención del título español y se resuelva en consecuencia, sin que sea de apreciar temeridad o mala fe a efectos de imposición de costas"».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 2 de octubre de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 169/2007.
Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.
Voz: Homologación de título obtenido en Albania al español de maestra (Educación Física).
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se denegó la solicitud de homologación de su título obtenido en Albania al español de Maestra, especialidad Educación Física. Exigencia previa de una prueba de conjunto al apreciarse que la

formación acreditada no guarda equivalencia con la que proporciona el título español.

«En el presente recurso se impugna la resolución del Ministro de Educación y Ciencia de 20 de noviembre de 2006, denegando la solicitud de homologación del título Mesues i Edukimit Fizik obtenido en el Institutit te Larte te Kultures Fizike "Vojo Kushi" de Tirana (Albania) al título español de Maestra, especialidad Educación Física, solicitud presentada el 10 de noviembre de 2004.

La recurrente asume las diferencias notables entre su titulación y la de Maestra de Educación Física, pero mantiene en su demanda que el título al que pretendió la homologación no es el de Maestra, especialidad Educación Física sino al de profesora de educación física ya que la homologación se interesó a Diplomada en Ciencias Actividades Física y Deporte y los programas de su formación extranjera coinciden con los del INEF.

(...).

En el caso de autos el Consejo de Coordinación Universitaria ha efectuado un pronunciamiento particularizado al caso del recurrente, pronunciamiento desfavorable y en el que se desarrollan las carencias formativas respecto de los contenidos de buena parte de las materias troncales que configuran las Directrices Generales Propias de la titulación española de Maestro, especialidad de Educación Física.

La recurrente no discrepa de tal informe técnico anteriormente referenciado sino que defiende que hay una desviación entre lo resuelto administrativamente con base a tal informe y lo solicitado en su homologación.

Podemos ver que en el catálogo oficial de títulos universitarios españoles aparece el título de Maestro, especialidad de Educación Física, como enseñanza de primer ciclo, ciclo corto (...) y también aparece el título de Licenciado en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte (...), titulación que se contempla, a diferencia de la anterior, como enseñanza de primer y segundo ciclo.

Efectivamente, como se puede apreciar de la solicitud inicial formulada en su día, la homologación se interesó del título español Diplomada en Ciencias Actividad Física del Deporte. Pero también es cierto que se le requirió expresamente, entre otros extremos, para que aclarara si el título español al que solicitaba la homologación era el de Maestra, Especialidad de Educación Física (...), y aunque este extremo se dejó, en un primer momento, sin contestación expresa por la hoy actora, cuando se le da traslado del informe del órgano técnico atinente al titulo de Maestro, Especialidad de Educación Física, en las alegaciones al mismo, la recurrente en lugar de hacer valer, como hace ahora, una supuesta disparidad entre lo solicitado y lo informado, concreta que solicitó la homologación al titulo universitario de Maestra en Educación Física y que visto el informe había decidido matricularse en las asignaturas que se destacaban como carencias en el informe desfavorable.

Por tanto ha de entenderse que hubo una resolución administrativa concordante con lo pedido y técnicamente motivada sin que quepa pronunciarse en esta vía recursiva acerca de la homologación al título español de Ciencias de la Actividad Física y del Deporte, primer ciclo-diplomatura, ya que no corresponde a este Tribunal valorar de «motu propio» la entidad de los estudios desarrollados por la recurrente y su equiparación con esta otra licenciatura a la que también se pretende homologarlos, cometido atribuido, precisamente, a la Comisión Académica del Consejo de Universidades (...), cuya intervención debe considerarse un trámite esencial del procedimiento de homologación, y cuyo pronunciamiento como hemos visto no se refirió a esta titulación, sin perjuicio de que la hoy actora pueda instar nuevamente la homologación, en este caso, en relación a esta otra titulación que entendemos quedo al margen de la

Homologación

resolución recurrida e imprejuzgada en la presente sentencia».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 28 de octubre de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 484/2007.
Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.
Voz: Homologación del título de graduado en pediatría. China. Necesidad de un juicio de equivalencia.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se denegó la solicitud de homologación de sus títulos de Graduado de la especialidad de Pediatría y Diplomado del Curso Especial para Médicos, obtenidos en China, al español de Medicina y Cirugía.

«Se impugna la resolución de 20 de febrero de 2007 del Ministerio de Educación y Ciencia, que denegó la solicitud deducida en su día por la hoy parte actora en orden a que sus títulos de Graduado en la especialidad de Pediatría y Diplomado del Curso Especial para Médicos, obtenidos en el Instituto de Medicina n.º 2 de Shanghai y el Instituto de Estudios para Personal Sanitario de Shanghai (China), les fueran homologados al título español de Licenciada en Medicina y Cirugía, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

La resolución puesta en tela de juicio se basa en el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, por el que se regulan las condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior, y en el correspondiente informe desfavorable del Consejo de Coordinación Universitaria, que se pronuncia en estos términos: "Una vez estudiada la documentación aportada, se observa que el plan académico cursado no cumple los requisitos establecidos en las Directrices Propias de la titulación solicitada, sobre todo por lo que se refiere a su carga horaria y a su duración, por lo que se emite informe desfavorable a la solicitud".

(...).

La demanda rectora del proceso articula una serie de motivos para defender la anulación de la resolución puesta en tela de juicio y la homologación de referencia. Se aduce por la demandante que el acto combatido infringe los artículos 2 y 6 del Real Decreto 86/1987 ya que siendo la titulación de la actora oficial y perfectamente válida para ejercer la medicina en su país de origen procedía la homologación o, en su caso, su condicionamiento a la superación de una prueba sobre aquellos conocimientos básicos de la formación española requeridos para la obtención del título, añadiéndose que dicha resolución impugnada carece de motivación individualizada y suficiente puesto que se basa literalmente en el informe del Consejo de Coordinación Universitaria que, a su vez, carece igualmente de este requisito, lo que constituye un vicio de anulabilidad.

(...).

En otro orden de ideas, es de ver que en el juicio sobre la equivalencia de la formación la resolución recurrida contó con el aval del informe del Consejo de Universidades que reseñamos más arriba. Hemos de recordar aquí y ahora que el juicio de equivalencia de que se trata implica un juicio de discrecionalidad técnica, que, cual hace notar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no está al alcance de los órganos administrativos ordinarios, como tampoco del órgano judicial que ha de resolver, sin que sea dable en sede judicial la mera sustitución de aquel juicio discrecional por otro más o menos fundado, de tal forma que la labor en estos casos de los Tribunales de Justicia viene dado por el limitado control de legalidad que normalmente se proyecta sobre las decisiones administrativas apoyadas en juicios de discrecionalidad técnica, de suerte que solo si se aprecian errores patentes, desviación de poder o infracción de los elementos reglados podrá la parte interesada obtener un pronunciamiento favorable a sus pretensiones, sin que en el caso concurra ninguno de tales vicios».

Homologación

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 11 de noviembre de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 674/2007.
Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.
Voz: Homologación: ciencias ambientales. Reino Unido.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se denegó la homologación de su título de Bachelor of Science in Environmental Science al español de Licenciado en Ciencias Ambientales porque se consideraba que el centro en que se realizaron los estudios (ESNE de Cantabria) no contaba con la preceptiva autorización.

«Se impugna la resolución de 22 de junio de 2007 del Ministerio de Educación y Ciencia, (...) que le había denegado la solicitud de homologación de su título de Bachelor of Science in Environmental Science, obtenido en University of Wolverhampton (Reino Unido), al título español de Licenciada en Ciencias Ambientales, (...).

La resolución puesta en tela de juicio se funda en (...) que el centro en que se realizaron los estudios (ESNE de Cantabria) no contaba con la preceptiva autorización para impartir los estudios de Bachelor of Science in Environmental Science en colaboración con Hogeschool Zeeland.

(...).

La actora realizó sus estudios en el campus de Cantabria de la Escuela Superior de Negocios (ESNE) entre los años académicos 2000 y 2004, siendo así que por resolución de 17 de septiembre de 1998 (...) de la Consejería de Educación y Juventud se había autorizado al referido centro al amparo del Real Decreto 557/1991 para impartir las enseñanzas conducentes a la obtención —entre otros— del título de Bachelor of Science (Honours) in Environmental Sciences de University of Wolverhampton (Reino Unido), así como el título de Bachelor of Science in Aquatic Ecotechnology de Hogeschooll Zeeland (Holanda).

La resolución impugnada se basa en que el meritado centro español carecía de autorización para impartir los estudios de Bachelor of Science in Environmental Science en colaboración con Hogeschooll Zeeland, cuya motivación ha debido de responder a una errónea apreciación de los hechos que concurren en el caso.

Es preciso dilucidar desde el principio que la impartición por el referido centro español de las enseñanzas conducentes a la obtención del título cuya homologación se impetra (Bachelor of Science in Environmental Sciences), y para lo que contaba con la preceptiva autorización desde 1998, no se realizaba en colaboración con Hogescholl Zeeland, sino con University of Wolverhampton, que fue la que expidió el título cuya homologación se pretende, y ello sin perjuicio de que el mismo centro español estuviera también autorizado para impartir las enseñanzas conducentes a la obtención del título Bachelor of Science in Aquatic Ecotechnology de Hogescholl Zeeland. En contemplación de lo actuado en el expediente administrativo resulta que la Universidad de Wolverhampton procedió a convalidar los programas de estudios cursados por la actora en Aquatic Ecotechnology en la Hogeschool Zeeland (Países Bajos) y los de Ciencias Ambientales cursados en ESNE, cuya convalidación más el último año de estudios cursado en la Universidad de Wolverhampton le permitió a la recurrente la obtención del título —expedido por esta última Universidad— de cuya homologación ahora se trata, contando desde 1998 el centro español con la preceptiva autorización ex Real Decreto 557/1991 para la impartición de las enseñanzas conducentes a la obtención del referido título, de donde que no se diere en el caso la causa de exclusión de la homologación prevista en el artículo 5.2.b) del Real Decreto 285/2004, que ha aplicado la resolución recurrida, por lo que desfallece la motivación del acto recurrido.

Ahora bien, lo anterior no implica sin más la homologación del título al haberse omitido (...) la emisión del informe del correspondiente comité técnico (...)

Homologación

que es preceptivo y determinante (...), de tal forma que al ser imprescindible el meritado informe técnico procede la anulación de la resolución recurrida y la retroacción del procedimiento a fin de que el mismo se sustancie en debida forma, con la emisión del repetido informe por parte del correspondiente comité técnico y demás trámites reglamentarios previos al dictado de la resolución definitiva que corresponda, que es precisamente lo impetrado en la súplica de la demanda, lo que determina la estimación del actual recurso».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 4 de diciembre de 2008.

Recurso Contencioso-Administrativo: 377/2007.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Homologación de título: Diplom Forstwirt Univ. (Alemania).

Resumen: Se estima parcialmente el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se condiciona la homologación de su título de Diplom Forstwirt Univ. obtenido en Alemania al español de Ingeniero de Montes, a la superación de una prueba de conjunto en relación con las materias troncales.

«En el presente recurso se impugna la desestimación por silencio de la solicitud de homologación del título Diplom Frostwirt Univ., obtenido en la Universität München (Alemania) al título español de Ingeniero de Montes, solicitud presentada el 10 de octubre de 2002.

La recurrente se opone al informe del Consejo de Coordinación Universitaria de 6 de febrero de 2006 por entender que los motivos esgrimidos no son coherentes ya que simplemente se hace referencia a que las materias troncales de la titulación española de Ingeniero de Montes no han sido abordadas con suficiente intensidad y que su marido (...) obtuvo la homologación de idéntico título con fecha 19 de diciembre de 2001.

(...).

En el caso de autos el Consejo de Coordinación Universitaria ha efectuado por dos veces un pronunciamiento particularizado al caso del recurrente. El primer pronunciamiento de 6 de febrero de 2006, que es en el que se centra exclusivamente la demanda, ya destacaba importantes deficiencias formativas respecto de los contenidos de cuatro de las materias troncales de la titulación española. Posteriormente a la luz de las nuevas alegaciones efectuadas por la recurrente en escrito presentado el 21 de marzo de 2006 y de toda la documentación anexa incluida la correspondiente a la homologación de la titulación de su esposo, se volvió a remitir al Consejo de Coordinación Universitaria quien con fecha 23 de abril de 2007 efectúa un informe muy pormenorizado acerca de la duración de los estudios conducentes a la titulación extranjera cuya homologación se pretende (inferiores en un 10%), acerca del contenido formativo en materias troncales y de su carencia (un 20%, con una asignatura troncal no cursada y con tres cursadas parcialmente), sin que se destaque acreditación de otros complementos formativos ni experiencia profesional previa. Por todo ello el Consejo de Coordinación Universitaria se pronuncia en supeditar la homologación pretendida por la recurrente (Ingeniero de Montes) a la superación de una prueba de conjunto centrada en las cuatro troncales de la titulación española en las que se centran las carencias de contenidos.

(...).

Estamos ante un precedente administrativo único y sin que un precedente pueda considerarse vinculante si se sitúa fuera de la legalidad, y como hemos visto en el fundamento jurídico antecedente de la presente, al estudiar la concreta titulación de la recurrente, el informe de equivalencia negativo de órgano técnico aparece claramente atemperado a las circunstancias del título que nos ocupa, en contenido, por lo que el criterio diferente mantenido por la Administración en el caso de la recurrente esta suficientemente justificado y motivado en cuanto a su diferenciación con el precedente que se

Homologación

cita. A tal efecto el TS (por todas S. 25 de noviembre de 2003 Rec. 2937/1998) tiene señalado: "Como esta Sala ha declarado reiteradamente (...) no hay lesión del principio de igualdad en relación con precedentes administrativos que pudieran citarse porque, o bien responden a otras circunstancias concurrentes en los favorecidos con la homologación o, si ello no es así, su otorgamiento es ilegal, con lo cual el precedente no puede considerarse vinculante fuera de la legalidad y respecto a la desigualdad en la aplicación de la Ley, ésta no se produce cuando se razona, como aquí, el cambio de criterio respecto a sentencias anteriores, tal como desde hace tiempo se viene manteniendo". En conclusión, la resolución recurrida no quedaba vinculada indefectiblemente por el precedente administrativo que se alega en la demanda, precedente que en todo caso ha de respetar el principio de legalidad, y que en este supuesto concreto que nos ocupa, no responde en su pronunciamiento a la constatada y desarrollada falta de equivalencia de la titulación alemana con la española, precedente, además, no probado como reiterado pues se ignora si existieron casos anteriores o posteriores al de la recurrente en los que se concluyera administrativamente en la concesión de la homologación sobre la base de la misma titulación, por lo que puede ser que dicho precedente y no el caso de la actora sea el que se aparta de la línea claramente asentada, justificada en derecho y motivada, de la Administración (...).

En resumen, ante los límites a las facultades revisoras de los Tribunales que impone la discrecionalidad técnica y no habiéndose desvirtuado en este concreto recurso la valoración técnica, objetiva y suficientemente motivada, realizada por el órgano administrativo competente para ello, y que por lo tanto ha de prevalecer, debe desestimarse la demanda en cuanto a su pretensión única de que se conceda la homologación solicitada, homologación que queda condicionada a la superación de la prueba de conjunto en relación a las materias troncales que se especifican en el informe del Consejo de Coordinación Universitaria de 23 de abril de 2007».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 10 de diciembre de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 656/2007.
Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.
Voz: Homologación de título argentino: cirugía ortopédica y traumatología.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se acordó dejar en suspensión la solicitud de homologación del título de Médico Especialista en Ortopédica y Traumatología obtenido en Argentina, hasta que se superase una prueba teórico-práctica al no existir una completa equivalencia, el menos en su duración, con el título español.

«El presente recurso tiene por objeto la Resolución del Secretario de Estado de Universidades e Investigación de 13 de septiembre de 2007 por la que se acordó dejar en suspensión la solicitud de homologación del recurrente para obtener la especialidad médica de cirugía ortopédica y traumatología hasta que supere una prueba teórico práctica.

El recurrente considera que la Administración al tiempo de valorar el periodo de formación cometió un error al computar tan solo como tiempo de formación en la especialidad 3 años cuando lo cierto es que su periodo de formación en Argentina fue de cinco años, como exige la Ley Argentina. De modo que el tiempo que estuvo como Jefe e Instructor de residentes en el Hospital "Dr. Cosme Argerich" desde el 1 de mayo de 1981 hasta el 30 de abril de 1983 ha de considerarse como periodo de formación y no como experiencia profesional posterior a la obtención a la especialidad.

(...).

El recurrente cuestionó en vía administrativa que la falta de equivalencia en la duración de su formación en su país de origen, cuando existiese una equivalencia de contenidos, permitiese (...) someter la homologación de su título a la previa condición

consistente en la superación de una prueba teórico práctica.

(...).

La necesidad de someterse a esta prueba está prevista no sólo cuando no exista equivalencia de contenidos formativos sino también cuando no sean equivalentes en su duración, así se desprende de lo prevenido en la Orden de 14 de octubre de 1991, apartado segundo del articulo 13 al afirmar que "En el supuesto de que la duración del período formativo realizado por el solicitante fuese inferior a la exigida en España, la Comisión Nacional podrá valorar su ejercicio profesional posterior, específico de la especialidad cuya homologación solicita, siempre que su duración sea al menos el doble de la diferencia existente entre la de la formación especializada efectuada en el extranjero y la exigida en España. En el caso de que esta valoración sea positiva, el solicitante deberá someterse a la prueba teórico-práctica a que se refiere el apartado segundo de la presente Orden".

Es por ello que desde un punto de vista jurídico es correcta la conclusión alcanzada por la Administración, cuando al constatar que existe una diferencia de duración en el periodo de formación, aunque no en los contenidos, y al apreciar que existe un ejercicio profesional posterior a la obtención del mismo por tiempo superior al doble de la diferencia de la duración entre ambos programas formativos, condiciona la homologación de su título a la superación de una prueba teórico-práctica, al no existir una completa equivalencia, al menos en su duración, entre ambos títulos.

(...).

Planteada su discrepancia en tales términos, la Sala considera que la conclusión alcanzada por la Comisión Nacional de la Especialidad en cirugía ortopédica y traumatología es correcta. El recurrente tuvo un período de formación que se extendió desde el 2 de mayo de 1978 y hasta el 30 de abril de 1981 (3 años) y la etapa posterior en la que ejerció como Jefe e Instructor de residentes en el Hospital Dr. Cosme Argerich (desde el 1 de mayo de 1981 hasta el 30 de abril de 1983) no puede computarse como un período de formación necesario para obtener la especialidad sino como una etapa posterior en la que ejerció como médico especialista y desarrolló una función docente en la formación de otros médicos residentes. Para llegar a esta conclusión tan sólo basta con examinar el certificado de médico especialista en Ortopedia y Traumatología, expedido por el Ministerio de Salud Pública de la República Argentina el 15 de septiembre de 1982 (...), pues difícilmente puede considerarse que su periodo de formación para obtener la especialidad se extendió hasta el 30 de abril de 1983 cuando en septiembre del año anterior ya se le había expedido el título de especialista. Esta misma conclusión se obtiene de la documentación aportada por el recurrente en vía administrativa pues el certificado expedido por la División de Docencia e Investigación del complejo Médico "Churruca Visca" certifica que su período de médico residente se extendió desde el mes de mayo de 1978 hasta el mes de abril de 1981 y que en el periodo posterior (desde el 1 de mayo de 1981 hasta el 30 de abril de 1983) no lo fue como residente en formación sino como jefe de residentes o instructor de residentes, figuras que tal y como se desprende de la normativa argentina aportada (...) no son médicos en formación sino profesionales de dicha especialidad contratados anualmente (...)».

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 2 de octubre de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 163/2006.
Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Nacionalidad

Voz: Denegación de nacionalidad: conducción bajo influencia de alcohol.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia. Condena penal por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas un año antes de solicitar la nacionalidad española.

«El presente recurso se impugna la resolución (...), por la que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica "ya que según consta en la documentación que obra en el expediente fue condenado en sentencia firme de 12 de noviembre de 2003 por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas o análogos".

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión si bien es cierto que fue condenado penalmente por sentencia firme por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, se trató de un hecho aislado y ha cumplido la pena, y por el contrario tiene suficientes elementos positivos que demuestran una buena conducta cívica en nuestro país tanto en el ámbito personal como en el laboral y social, pues desde ese hecho ha tenido una conducta intachable, está casado y su mujer ha obtenido la nacionalidad española, tiene un hijo escolarizado y un contrato laboral fijo.

(...).

En el presente caso, 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.

(...).

(...) si bien concurren algunos datos indicativos de la integración del recurrente en la sociedad española, como son una actividad laboral estable durante el período de residencia en España, y la nacionalidad española de su esposa, se dan también otras circunstancias que nos conducen a considerar que no ha mantenido suficiente buena conducta cívica.

(...) fue condenado penalmente por sentencia firme de 12 de noviembre de 2003 por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y esta condena se encuentra muy cercana en el tiempo a su solicitud, pues se produjo un año antes de la misma, conducta que no puede ser considerada como un hecho de menor trascendencia por las características del delito en cuestión. A tal efecto, es preciso recordar que nuestro Tribunal Supremo ha señalado (...) que "la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas está tipificada como delito, es decir que es algo que en modo alguno puede incluirse en lo que el Código civil llama buena conducta cívica.

(...).

Quiere decir esto que –conforme a las convicciones de nuestro tiempo– la conducción bajo bebidas alcohólicas es, sin discusión posible, cualquier cosa menos expresión de buena conducta cívica. Es un hecho notorio que los accidentes de tráfico, en un porcentaje altísimo, tienen su origen en la contaminación etílica del conductor. Y por ello, no puede negarse, por más tolerante que se quiera ser, que la selección como delictiva del comportamiento de que se trata responde a esa convicción generalizada de que hay dañosidad social en ese tipo de comportamientos. No estamos, pues, ante un tipo de comportamiento meramente discrepante, disidente o marginal respecto a las pautas e intereses de grupos dominantes, sino ante un problema que ocupa y preocupa a todos los Gobiernos, cualesquiera que sea la ideología que inspire su gestión".

Esta conducta implica un alto grado de peligrosidad para la sociedad en general y para los demás ciudadanos cuya vida pone en peligro el que así actúa y consecuentemente se trata de un comportamiento

antisocial que dista de poder considerado buena conducta cívica, máxime cuando de lo que se trata es de adquirir la nacionalidad española demostrando precisamente que su comportamiento se acomoda y respeta a las pautas de conductas de un ciudadano medio de la sociedad en la que se pretende integrar y a cuya nacionalidad aspira. Resultando también relevante que el recurrente ocultase estos hechos en su solicitud de 26 de noviembre de 2004 haciendo constar que carecía de antecedentes penales y no tenía procedimiento pendiente alguno, lo cual no se corresponde a la realidad.

Finalmente debe añadirse que el hecho de que esta conducta se produjese un año antes de solicitar la nacionalidad española, en el curso de una estancia legal en España que se remontaba tan solo a tres años antes de su solicitud, pone de manifiesto una conducta negativa y gravemente antisocial en su corta estancia en España, lo cual impide considerar que su comportamiento en nuestro territorio durante este breve periodo de estancia se acomode a las exigencias previstas en nuestro ordenamiento jurídico».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 2 de octubre de 2008.

Recurso Contencioso-Administrativo: 427/2006.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Denegación de nacionalidad: no revocación de residencia.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente: residencia legal que se interrumpe durante año y medio cuando su solicitud de renovación de residencia es desestimada.

«En el presente recurso se impugna la resolución (...) desestimatoria de la solicitud de nacionalidad por residencia.

La denegación tiene su base en que no se han cumplido, con continuidad, los 10 años de residencia legal previa exigibles al recurrente ya que no ha estado autorizado desde el 16 de abril de 1997 hasta el 6 de noviembre de 1998.

En la demanda se afirma que este plazo se ha cumplido toda vez que el informe de vida laboral refleja una cotización ininterrumpida desde el 1 de enero de 1987.

(...).

En el caso de autos la documentación obrante en el expediente refleja que la residencia legal iniciada el 27 de junio de 1990 se vio interrumpida desde el 16 de abril de 1997 hasta el 6 de noviembre de 1998 (año y medio), al desestimarse la renovación del permiso de residencia y trabajo anterior, presentándose la solicitud de nacionalidad el 20 de septiembre de 2004.

Por ello y teniendo en cuenta que la residencia legal no equivale a la simple permanencia previa que pueda reflejarse con base a un empadronamiento o en otros datos como los provenientes de la AEAT, INEM, Tesorería General de la Seguridad Social etc., (según refleja la hoja de vida laboral, la cotización de la actora no ha sido ininterrumpida, tal y como se viene a afirmar en la demanda, y que, entre otros periodos, la recurrente aparece dada de baja en la cotización desde el 20 de noviembre de 1996 hasta el 3 de febrero de 1998, período que se superpone con el salto en su residencia legal), ha de desestimarse la demanda al margen de las valoraciones que pudieran hacerse acerca de la acreditación suficiente de la buena conducta.

No puede confundirse lo que es residencia legal con la simple permanencia física en territorio español, y sin olvidar que la solicitud de renovación del permiso de residencia y trabajo presentada por la actora el 8 de abril de 1997 fue expresamente denegada por la Administración el 3 de septiembre de 1997, sin que conste que la recurrente combatiera recursivamente tal denegación, y sin que tampoco existiese cotización por cuenta ajena durante la

mayor parte del periodo no cubierto por la residencia legal.

No podemos hablar de residencia legal tras la denegación expresa de esta solicitud de renovación ya que la presentación de la solicitud de renovación en plazo prorrogará la validez de la autorización anterior pero solo hasta la resolución del procedimiento (...). De hecho, si cruzamos los datos de vida laboral con los de residencia legal vemos que la situación del recurrente no se restablece en el marco legal hasta que vuelve a trabajar por cuenta ajena y que cuando llegó el momento de renovar el permiso que vencía el 16 de abril de 1997 la recurrente carecía de contrato de trabajo que avalara su solicitud pues fue dada de baja en el régimen general con fecha 20 de noviembre de 1996.

En conclusión, en el mejor de los casos, la recurrente carece de apoyatura legal para su permanencia en España durante año y medio continuado (el 15% del tiempo exigido) unido a que no se dan en este supuesto sometido a enjuiciamiento otro tipo de circunstancias que se han tenido en cuenta para dulcificar las exigencias de la continuidad de la residencia legal en solicitantes de nacionalidad con una amplia y previa residencia legal en España en las que su voluntad de regularizar su situación resulta patente y manifiesta por hechos concluyentes, así como su voluntad de permanecer en suelo patrio y su total integración en nuestra sociedad, y que simplemente se habían retrasado en las renovaciones "algunos meses" (...) o que habían alegado y probado causas graves para los retrasos en la solicitud "los problemas de salud de los hijos de la recurrente" (...). Además esta doctrina del TS viene referida a los supuestos de demora en la solicitud de renovación del permiso de residencia que finalmente le son concedidos, supuesto distinto al que nos ocupa en el que el permiso de trabajo y residencia que se concede a la recurrente a partir del 6 de noviembre de 1998, permiso ordinario y no indefinido, no puede considerarse renovación del que extinguía su validez el 16 de abril de 1997.

Recordemos que en el presente caso hubo una denegación expresa y firme de la solicitud de renovación de la residencia y no simples demoras o "retrasos puntuales" en las peticiones de renovación».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 7 de octubre de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 454/2007.
Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.
Voz: Concesión de nacionalidad: razones de orden público o interés nacional.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la concesión de la nacionalidad española. No se conocen antecedentes desfavorables relativos a la persona interesada ni que la misma esté involucrada en actividades ilícitas que supongan riesgo para la Seguridad del Estado.

«Se impugna la resolución del Ministerio de Justicia de 23 de marzo de 2007, que denegó la solicitud de concesión de la nacionalidad española a la hoy parte actora «teniendo en cuenta las razones de orden público e interés nacional que concurren en este caso dado que, según consta en el expediente, el interesado podría realizar actividades que podrían afectar a la seguridad nacional», terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

(...).

El recurrente es natural de Nicaragua, reside legalmente en España desde 1991, contrajo matrimonio en este país en 1993 con una súbdita marroquí, habiendo nacido en España fruto de dicho matrimonio tres hijos, en marzo de 2003 tenía acreditados 3.312 días de alta en el sistema de la Seguridad Social, que en septiembre de 2007 ascendían a 4.982 días.

La solicitud de nacionalidad origen de la litis se presentó el 30 de noviembre de 1994, siendo así que en su tramitación el Ministerio Fiscal no se opuso y el Juez-Encargado emitió un informe favorable.

Nacionalidad

La demanda rectora del proceso trae a colación el conjunto de circunstancias que concurren en el caso, 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 la forma que es de ver en su contestación a la demanda.

(...).

En el supuesto contemplado no puede dejar de llamarse la atención sobre la especie de contradicción en que incurren los informes de dos órganos de la Administración del Estado, cuales son el CNI y la Comisaría General de Extranjería y Documentación, cuya contradicción administrativa no puede interpretarse en perjuicio del interesado y ahora demandante, siendo de notar, además, que este último informe es genérico e indefinido al no concretar lo más mínimo las actividades a que alude.

En definitiva, dada la acreditada trayectoria vital del demandante en España y los elementos de juicio de que disponemos en relación con las alegadas razones de orden público e interés nacional esgrimidas por la Administración demandada para denegar la nacionalidad, así como la carga que sobre esta última pesaba para justificar tales razones, hemos de concluir en la inexorable suerte estimatoria del recurso que nos ocupa ante la inconsistencia de aquellas razones, que no están suficientemente refrendadas por el correspondiente informe de la Comisaría General de Extranjería y Documentación y, en cambio, aparecen desacreditas por el informe del CNI aludido más arriba, por lo que, sin más circunloquios, procede el acogimiento de la pretensión actora».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 9 de octubre de 2008.

Recurso Contencioso-Administrativo: 223/2007.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Denegación de nacionalidad por residencia: malos tratos.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó su solicitud de nacionalidad por residencia. No consta que el interesado tuviera ocupación laboral alguna, no ha aportado ningún documento que acredite estar al corriente de las obligaciones fiscales y con la Seguridad Social y además, fue denunciado por malos tratos y amenazas en el ámbito familiar lo que motivó unas actuaciones penales popr supuesta falta de lesiones y amenazas.

«El presente recurso se impugna la resolución del Ministerio de Justicia, DGRN, de 15 de noviembre de 2006 por la que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica "ya que según consta en la documentación que obra en el expediente tiene antecedentes de fecha 30 de mayo de 2002 por malos tratos en el ámbito familiar. La cancelación no justifica positivamente la buena conducta que el art. 22.4 del Código Civil exige al solicitante".

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión que si bien se presentó una denuncia contra él, dos años antes de que presentase su solicitud de nacionalidad, las actuaciones penales fueron sobreseídas y no se siguió acusación contra él sin que exista ninguna conducta reprochable, llevando una vida acomodada al estándar medio de conducta, al estar caso con tres hijas y con un trabajo fijo y estable.

(...).

Y con relación a la citada cuestión consideramos que no se aprecia que existan datos que permitan considerar que la conducta desplegada por el recurrente en nuestro país cumple con el requisito de "buena conducta cívica" exigido por nuestro Código Civil para poder obtener la nacionalidad española. En el breve tiempo de residencia legal en nuestro país, (solicitó el permiso de residencia en diciembre de 1999 y le fue denegado por resolución de abril de 2001, posteriormente obtuvo el permiso de residencia el 12 de julio de 2001, por lo tanto,

Nacionalidad

en el momento en el que presento su solicitud de nacionalidad el 29 de diciembre de 2004, llevaba residiendo legalmente en España tan solo 3 años) no consta que tuviera ocupación laboral alguna salvo en el último año sin que conste, al no haber sido aportado por el recurrente dato alguno al respecto, que esté al corriente de sus obligaciones fiscales ni con la Seguridad Social, ni ningún otro dato que revele una conducta que pueda ser considerada positiva.

Por el contrario, durante esta breve estancia en nuestro territorio fue denunciado por malos tratos físicos y amenazas en el ámbito familiar por María Consuelo, en relación con hechos ocurridos el 28 de mayo de 2002, siendo detenido por la policía. Esta denuncia motivó unas actuaciones penales por supuesta falta de lesiones y amenazas, si bien al retirarse la denuncia y no formular el Ministerio Fiscal acusación, se dictó sentencia absolutoria de 18 de diciembre de 2002 en el juicio de faltas seguido contra él ante el Juzgado de Instrucción n.º 27 de Madrid. No debe olvidarse, tal y como ha señalado el TS (...) que la buena conducta cívica debe acreditarla el recurrente y su constatación no se deduce de la mera inexistencia de antecedentes penales sino que es preciso acreditar "la buena conducta cívica en el ámbito laboral, fiscal o de participación en otros ámbitos de la vida comunitaria que revelen no sólo la ausencia de antecedentes negativos o desfavorables sino la presencia de datos positivos reveladores de la buena conducta cívica a que se refiere el artículo 22.4 del Código Civil".

El hecho de que esta actividad ocurriese en época cercana a la petición de la nacionalidad española, unido a que el actor no prueba el cumplimiento de obligaciones fiscales o con la Seguridad Social ni tampoco aporta otros datos reveladores de la buena conducta cívica necesaria para que le sea otorgada la nacionalidad española, ni siquiera en vía jurisdiccional, determina que no pueda considerarse probado tal requisito exigido por el Código Civil».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 21 de octubre de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 213/2007.
Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.
Voz: Denegación de nacionalidad: custodia de hecho de un menor. Plazo de residencia exigible.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. No puede entenderse que el interesado estuviese en situación de custodia o acogimiento familiar legalmente establecido que permita aplicar el plazo especial de residencia de un año previsto en el artículo 22.2.c) del Código Civil. El mero acogimiento de un menor en el domicilio de una familia española con el consentimiento de sus padres biológicos que siguen conservando la patria potestad, no puede equiparse a una guarda o acogimiento legal.

«El presente recurso tiene por objeto la resolución (...) por la que se desestimó la solicitud del hoy recurrente destinada obtener la nacionalidad española por residencia al considerar que no llevaba los años de residencia legal exigidos por el art. 22 del Código Civil sin que se le pudiese aplicar el plazo abreviado de un año previsto para los que "hayan estado sujetos legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso se continuare en esta situación en el momento de la solicitud" (...) al no concurrir en el interesado el requisito de estar bajo acogimiento legal, al haber negado la Junta de Castilla y León cualquier conocimiento del mismo.

El recurrente alega que ha residido ininterrumpidamente en España desde el 31 de diciembre de 1994 y ha residido en el domicilio de Luis Manuel con el consentimiento del padre del niño manifestado en acta notarial. Luis Manuel y Cecilia, españoles que acogieron al recurrente mientras era menor de edad y residía en España, instaron del Juzgado de Primera Instancia la constitución de tutela que les fue denegada, pero en la resolución judicial se hacía referencia a la existencia de una guarda de hecho y lo puso en conocimiento de la entidad públi-

ca correspondiente. Por lo que tanto la autoridad judicial como el Ministerio Fiscal y las entidades públicas conocen la situación de guarda de hecho en la que se encuentra el menor hoy recurrente. El padre del hoy recurrente Sr. Narciso pretendía que los guardadores cuidasen de su hijo por lo que considera que el menor ha estado sometido a una guarda de hecho ininterrumpidamente. Considera que la figura de la guarda de hecho debe ser incluida dentro de los supuestos en los que el art. 22.2.c) del Código Civil establece un plazo especial de un año de residencia. En la actualidad el recurrente es mayor de edad pero entiende que ha cumplido el plazo de residencia legal en España, por aplicación del plazo especial un año antes mencionado.

Por otra parte, alega que el recurrente reside en Zamora desde el 31 de diciembre de 1994, localidad a la que llegó como consecuencia de un intercambio cultural y humanitario con la Delegación Saharaui en la que se desplazaban a niños afectados con problemas de salud; ha estado escolarizado, si bien en la actualidad ha finalizado sus estudios de bachillerato. Durante su permanencia en España tuvo un primera tarjeta de residencia por circunstancias excepcionales y humanitarias de 15 de julio de 1996 hasta el 15 de julio de 1997. Después ha sido titular de diversos permisos de residencia anuales hasta el año 2005.

(...).

En el supuesto enjuiciado el recurrente de nacionalidad argelina nació el 21 de noviembre de 1988 por el que en el momento de solicitar la nacionalidad española por residencia (el 27 de agosto de 2003) tenía catorce años y ha dispuesto de permiso de residencia en España desde el 17 de junio de 1997 de forma ininterrumpida hasta el momento de la solicitud de la nacionalidad.

El problema que se plantea en el presente recurso es si el recurrente cumple con el requisito de la residencia legal en España por el tiempo y los requisitos establecidos en nuestro Código Civil para obtener la nacionalidad española.

(...).

(...) el recurrente aduce que fue acogido de hecho por una familia española como consecuencia de un intercambio cultural y humanitario con la Delegación Saharaui en la que se desplazaban a niños afectados con problemas de salud y reside en Zamora desde el 31 de diciembre de 1994. Asimismo considera que la situación de acogimiento de hecho debe quedar comprendida en el apartado c) del art. 22.2 del CC al diferenciar este precepto claramente los supuesto de tutela, guarda y acogimiento.

Es cierto que el precepto en cuestión diferencia y, consiguientemente, admite no solo los supuestos de tutela o acogimiento en una institución pública, sino también contempla el supuesto de «guarda» de un menor. Ahora bien, el citado precepto empieza por afirmar que han de tratarse de situaciones legales, excluyendo por tanto las situaciones de mero hecho, diferenciando así nítidamente los supuestos de acogidas o guardas meramente consentidas o fácticas de las legales que se acuerdan por la autoridad competente tras la tramitación de los trámites administrativos y/o judiciales correspondientes, admitiendo tan solo estas últimas como supuesto especial en el que se reduce el plazo general de residencia. No debe olvidarse que la obtención de la nacionalidad por residencia no es un derecho subjetivo, sino que nos encontramos 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 por lo que su otorgamiento está condicionado al cumplimiento por el solicitante de unos determinados requisitos. Requisitos entre los que se encuentra el plazo general de residencia, de modo que los plazos excepcionales contemplados en el Código Civil no pueden aplicarse de forma amplia o en una interpretación analógica.

Nacionalidad

El legislador ha querido que sólo las situaciones en los que menores o incapaces hayan estado tutelados o custodiados de forma legal puedan acogerse a este plazo privilegiado, sin admitirse las guardias de hecho aunque las autoridades tuviesen conocimiento de la misma, lo cual hubiese obligado a las personas que ostentaban esta guarda de hecho y a las autoridades administrativas a regularizar esta situación pero, en todo caso, y por lo que ahora nos ocupa no sirven para entender que el menor se encuentra comprendido en la excepción prevista en el Código Civil.

(...).

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa no puede entenderse que el recurrente estuviese en situación de custodia o acogimiento familiar legalmente establecido, al no existir ninguna resolución judicial o administrativa que así lo acordase, tras seguir el procedimiento establecido y con el cumplimiento de los requisitos previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Es más, cuando se intentó la constitución de tutela se denegó la misma por entender que sus padres biológicos, aun residiendo en el extranjero y habiendo encargado voluntariamente su cuidado a una familia española, no habían sido privado de las patria potestad ni se había considerado al menor en situación de desamparo».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 30 de octubre de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 207/2007.
Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.
Voz: Concesión de nacionalidad: condena por venta de heroína.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente quien, aun condenado por hechos con trascendencia penal (delito contra la salud pública), los antecedentes estaban cancelados al tiempo de su solicitud de nacionalidad. además, el interesado ha demostrado un cumplimiento de los deberes cívicos necesarios (goza de residencia legal, realiza actividad laboral por cuenta ajena de modo continuado y tiene una relación estable con una española con quien tiene una hija menor de edad).

«En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 5 de abril de 2002, siendo el recurrente de Ghana. El recurrente goza de residencia legal desde 14 de agosto de 1998. Tiene una hija menor de edad, nacida en España de una relación estable con una española, atendiendo gastos escolares de la menor y viene realizando una actividad laboral por cuenta ajena de forma continuada (2.490 días de cotización a la Seguridad Social a fecha 29 de mayo de 2007). Se ha aportado declaración del IRPF 2000 y 2004.

El expediente refleja que el recurrente fue condenado en sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Segunda, de fecha 29 de febrero de 1996 a dos años cuatro meses y un día de prisión por delito contra la salud publica —venta de heroína al pormenor—. Los hechos base de tal condena tuvieron lugar el 2 de noviembre de 1995. Los antecedentes penales estaban cancelados a fecha de la solicitud y la condena privativa de libertad impuesta quedó cumplida con el abono de la prisión preventiva.

No se puede obviar que el recurrente fue condenado por hechos con trascendencia penal importante, pero alejados en el tiempo de la solicitud de nacionalidad (más de seis años antes) y si tenemos en cuenta que dichos hechos han constituido un incidente único y aislado en la trayectoria personal del recurrente en nuestro país y las notas positivas anteriormente expuestas que demuestren el cumplimiento de los deberes cívicos razonablemente exigibles ha de entenderse desvirtuado el único motivo de denegación invocado por la Administración en la resolución impugnada».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 30 de octubre de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 1999/2007.

Nacionalidad

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Denegación de nacionalidad: conducir sin seguro.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la nacionalidad española al considerar que conducir un vehículo a motor sin seguro obligatorio es una conducta alejada de lo que se considera como comportamiento cívico.

«En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia de 22 de noviembre de 2006 denegatoria de la solicitud de nacionalidad española por residencia formulada el 14 de septiembre de 2004.

La denegación se basa en que el solicitante no ha justificado suficientemente buena conducta cívica.

La demandante afirma que el hecho de circular careciendo de seguro obligatorio no fue merecedor de sanción administrativa alguna y desde el punto de vista penal el juicio de faltas no llegó ni a celebrarse al estar despenalizada la infracción penal.

(...).

En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 14 de septiembre de 2004, siendo el recurrente nacional de Argentina. Goza de residencia legal desde el 23 de julio de 2001, y presenta un informe de vida laboral que a fecha 28 de diciembre de 2006 refleja 1.395 días de cotización. Igualmente se aporta contrato de trabajo de duración determinada como camillero y diplomas acreditativos de cursos realizados en 2006 de técnico en emergencias y desfibrilación.

El expediente pone de manifiesto que el actor se encontró incurso en el juicio de faltas (...) procedimiento, que con fecha 12 de abril de 2004, se archivo y se acordó la averiguación de domicilio y paradero cursándose las oportunas ordenes que tuvieron entrada en el Ministerio de Interior el 6 de mayo de 2004. Dichas actuaciones penales se siguieron por una posible falta del art. 636 del CP en la redacción vigente en el momento de ocurrir los hechos —24 de septiembre de 2003— (realizar actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran legalmente para el ejercicio de aquéllas). Esta contingencia en el devenir personal del recurrente no fue expuesta en su solicitud ni en sus sucesivas actuaciones dentro del expediente del Registro Civil y se tuvo constancia de la misma por conducto de la DGRC después de los informes del Juez Encargado y del Ministerio Fiscal.

(...).

La Sala se ve en la necesidad de recordar al recurrente que aunque los hechos centrados en la conducción sin seguro —nunca negados— no recibieran una condena penal o una sanción administrativa por razón de los avatares descritos anteriormente ello no excluiría su negativa valoración en el marco del estándar conductual exigible para adquirir la nacionalidad española. No hay que olvidar que la residencia legal data del 23 de julio de 2001, los hechos ocurrieron el 24 de septiembre de 2004 y la solicitud es de 14 de septiembre de 2004, lo que nos permite afirmar que en una residencia legal previa no muy dilatada concurren unos hechos negativos inmediatamente próximos en el tiempo a la solicitud de nacionalidad.

Además, como ha señalado esta Sala en la reciente sentencia de 31 de mayo de 2007 (Rec. 334/2005), la conducta como la que en la época de los hechos se encontraba tipificada como falta por el art. 636 del Código Penal, consistente en conducir un vehículo de motor sin seguro obligatorio, con abstracción de su gravedad o calificación jurídico penal, está alejada de lo que ha de entenderse como un comportamiento cívico al ejercerse una actividad de riesgo sin la garantía ordenada legalmente que supone el seguro obligatorio, por lo que no cabe minimizar el reproche a la conducta del demandante, sobre todo teniendo en cuenta la proximidad temporal de los hechos a su solicitud».

Nacionalidad

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 30 de octubre de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 177/2007.
Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.
Voz: Concesión de nacionalidad: residencia de un año. Matrimonio con española.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución denegatoria de la nacionalidad. Se le exige como plazo de residencia legal el de un año, al estar casado con española de origen, sin que la permanencia en el extranjero por razones de trabajo o estudios altere la efectividad y continuidad de su residencia fijada en España.

«En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro del ramo, de 18 de septiembre de 2006 por la que se deniega el recurso de reposición contra la resolución de la misma autoridad de 11 de abril de 2006 denegatoria de la nacionalidad sobre la base de la falta continuidad en el tiempo de residencia previa de un año.

En el caso concreto de autos el recurrente, nacional de Marruecos, solicitó la nacionalidad española el 23 de abril de 2002 siéndole exigible como plazo de residencia legal el de un año al estar casado con española de origen. El recurrente goza de residencia legal desde el 8 de octubre de 1998.

Consta en el expediente certificado de convivencia matrimonial, asistencia médica continuada al recurrente en la Sanidad Pública de Ceuta, escolarización continuada del hijo menor del matrimonio en un Colegio Público de Ceuta y que el Registro Civil, varias veces, le ha citado y ha comparecido sin problemas en el domicilio indicado en su solicitud de nacionalidad y si a ello unimos que el propio informe de la policía que sirve de base para el contenido denegatorio de la resolución recurrida detalla que los vecinos indicaban que el matrimonio, el recurrente y su esposa, vivían el domicilio de la madre sito también en Arroyo Cañaveral, altos de Aviafrica, no hay base alguna para entender que la residencia legal no va acompañada de una real y efectiva permanencia en Ceuta.

Por tanto ha de concluirse, de cara a valorar la efectividad de la residencia en la solicitud de nacionalidad que nos ocupa, que el núcleo de relaciones, de diversa índole, del recurrente se ubica en España y ello con independencia de no fuera localizado por la policía cuando fue a entrevistarlo».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 6 de noviembre de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 239/2007.
Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.
Voz: Denegación de nacionalidad: interrupción de residencia de diez años.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se le denegó la nacionalidad al no haber cumplido el tiempo de residencia continuada y previa a la solicitud de diez años. Consta una interrupción de la residencia durante más de nueve meses desde la caducidad del primer permiso hasta la siguiente solicitud.

«En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 28 de julio de 2006, que desestima el recurso extraordinario de revisión interpuesto frente a la resolución de 6 de mayo de 2004 que denegó su solicitud de concesión de nacionalidad española por no haber cumplido el tiempo de residencia continuada y previa a la solicitud de diez años.

La solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia se formula ante el Registro Civil de Córdoba el 20 de mayo de 2002, siendo la recurrente nacional de Marruecos, por lo que se precisa una residencia legal, continuada e inmediatamente anterior de 10 años (desde 20 de mayo de 1992).

(...).

En el presente caso se está incidiendo en la posibilidad de revisar los actos firmes en vía administrativa cuando "aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida", (...) y el error al que se refiere la expresada causa de revisión es un error de hecho, y no un error jurídico.

En el supuesto enjuiciado no se trata de un mero error material de mero cálculo sino que subyace una cuestión de valoración jurídica respecto del efectivo cumplimiento por la recurrente del plazo de residencia legal y continuada en España, presupuesto para el reconocimiento de la nacionalidad española.

Ha de tenerse presente que ya obraba en el expediente administrativo una certificación de igual origen a la certificación obtenida el 5 de julio de 2004 que se pretende como documento novedoso y esencial de cara al recurso de revisión (...).

Por ello el presunto "error" en que hubiera podido incurrir la Administración al no conceder la nacionalidad al recurrente, valorando el concepto jurídico de residencia legal en el marco de la normativa de extranjería, y teniendo presente las dos certificaciones que obraban al efecto en el expediente (una de Córdoba —que aparece incompleta al no recoger las fechas de solicitud de algunos permisos— y otra de la Comisaría General de Extranjería y Documentación que sí recogía tales fechas), en ningún caso sería un error de hecho, sino un error jurídico en la apreciación y acreditación de los presupuestos condicionantes del reconocimiento de la nacionalidad española, error que debió denunciarse y cuestionarse mediante la interposición de los recursos administrativos o jurisdiccionales ordinarios establecidos a tal fin, y no a través del recurso extraordinario de revisión.

No hay que olvidar que al margen del concreto devenir legal de premiso de trabajo y residencia solicitado el 13 de enero de 1997 (no se ha practicado prueba alguna que permita concretar que la certificación posterior sobre la que se hace gravitar la revisión, la de 2004 y que tampoco concreta la fecha de solicitud de los tres primeros permisos, es la que responde a la realidad de la situación de residencia legal en España de la recurrente) consta otra interrupción de la residencia durante más de nueve 9 meses desde la caducidad del primer permiso concedido, que caducó el 31 de octubre de 1992, hasta la siguiente solicitud el 3 de agosto de 1993 hecho que también se le ponía de manifiesto en la resolución recurrida, donde se dejaban patentes los dos lapsus apreciados».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 6 de noviembre de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 229/2007.
Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.
Voz: Denegación de nacionalidad: falta de residencia efectiva de un año.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente al que la Administración ha denegado la nacionalidad española al considerar que la residencia legal en España durante más de un año no ha sido efectiva. Consta en el expediente una muy escasa y discontinua vida laboral y el reconocimiento por el solicitante de su permanencia en Senegal entre tres y cuatro meses al año para visitar a su familia.

«En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro del ramo, de 15 de noviembre de 2006 por la que se deniega la nacionalidad sobre la base de la falta continuidad en el tiempo de residencia previa de diez años.

En la demanda se afirma que las lagunas significativas en su vida laboral que se hacen valer en la resolución recurrida se hayan cubiertas con los correspondientes permisos de residencia y trabajo y si no hubiera estado dado de alta en los correspondientes regímenes de la Seguridad Social se le hubieran denegado las sucesivas renovaciones y en cuanto a su familia considera que no existe impedimento alguno por el hecho de tener a la esposa e

hijo en su país de origen y las visitas que se realizan no superan nunca los seis meses.

(...).

La Administración ha denegado al recurrente la concesión de la nacionalidad española al considerar que la residencia legal en España durante más de un año no ha sido efectiva, circunstancia que es discutida en la demanda. El artículo 22.3 del Código Civil, establece la residencia debe ser "legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición".

(...).

En el caso concreto de autos el recurrente, nacional de Senegal, solicitó la nacionalidad española el 19 de abril de 2004 siéndole exigible como plazo de residencia legal el de diez años. El recurrente goza de residencia legal desde el 1 de julio de 1991.

Consta en el expediente, una muy escasa y discontinua vida laboral, de hecho, sus cotizaciones son como autónomo y se corresponden con los periodos en los que necesitaba renovar su permiso de residencia y trabajo. Así, cuando pasa de la renovación anual y se le concede en agosto de 1996 un permiso de residencia y trabajo con validez hasta 14 de noviembre de 1999, podemos ver que se da de baja en la Seguridad Social el 31 de diciembre de 1996 y no se vuelve a dar de alta hasta 1 de junio de 1999. Por otro lado el recurrente ha reconocido que su núcleo familiar más próximo, mujer e hijos (no indica fecha del matrimonio, ni el número, sexo y fecha de nacimiento de los hijos) se encuentran en Senegal y asume en la demanda los desplazamientos regulares para visitar a su familia. Estos desplazamientos en 2003 fueron de dos meses seguidos y en 2004 de tres meses y medio tal y como permite concluir el pasaporte fotocopiado obrante en el expediente del Registro Civil, por lo que hay base para aceptar la afirmación de la Comisaría General de Extranjería y Documentación de que "convive con su esposa en Senegal entre tres y cuatro meses al año".

Por tanto ha de concluirse, de cara a valorar la efectividad de la residencia en la solicitud de nacionalidad que nos ocupa, que el núcleo de relaciones, de diversa índole, del recurrente se ubica en Senegal y ello con independencia de la estancia regular del recurrente en nuestro país que viene establecida únicamente como medio de obtención de ingresos.

Por todo ello no se cumplen los requisitos que normativamente se establecen en el art. 22 del Código Civil para la obtención de la nacionalidad española por residencia, ya que para el actor, no se ha establecido que España constituya, sobre la base de la permanencia mantenida en nuestro territorio, el centro de sus relaciones familiares, sociales y económicas y sin perjuicio que estas circunstancias puedan modificarse de cara una posterior solicitud.

Por todo ello la demanda ha de desestimarse».

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Fecha: 23 de septiembre de 2008.
Cuestión Prejudicial: C-427/2006.
Ponente: Sr. Cunha Rodríguez.
Voz: Pensión de viudedad: discriminación por edad.
Resumen: El Tribunal señala que el derecho comunitario no contiene una prohibición de toda discriminación por motivo de la edad, cuya aplicación deban garantizar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando el comportamiento eventualmente discriminatorio carece de vínculo alguno con el derecho comunitario.

«De la resolución de remisión resulta que la Sra. Bartsch, nacida en 1965, se casó en 1986 con el Sr. Bartsch, nacido en 1944 y fallecido el 5 de mayo de 2004. El 23 de febrero de 1988 el Sr. Bartsch celebró

un contrato de trabajo con la sociedad Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH (en lo sucesivo, "BSH"), y comenzó a trabajar para esa empresa el 1 de marzo de 1988, a cuyo servicio como vendedor trabajó hasta su fallecimiento.

BSH Altersfürsorge, que había sido constituida por BSH, se comprometió frente a la Sra. Bartsch a asumir las posibles obligaciones que dicha sociedad había contraído en materia de pensión de empresa a favor del difunto Sr. Bartsch.

También resulta de la resolución de remisión que la relación laboral entre el Sr. Bartsch y BSH se regía por el Reglamento, en particular por su artículo 6. La situación en el litigio principal entra en el ámbito del artículo 6, apartado 4, párrafo segundo, letra a), del Reglamento, dado que la Sra. Bartsch es más de 15 años más joven que su difunto esposo.

Tras fallecer su esposo, la Sra. Bartsch solicitó a BSH Altersfürsorge el pago de una pensión de supervivencia al amparo del Reglamento.

Como sea que BSH Altersfürsorge denegó la solicitud de la Sra. Bartsch, ésta formuló demanda ante el Arbeitsgericht con objeto de que ese tribunal declarara que la citada entidad de previsión estaba obligada a pagarle una pensión en aplicación del Reglamento. Dado que el Arbeitsgericht desestimó su demanda, la interesada recurrió ante el Landesarbeitsgericht, que confirmó la sentencia dictada en primera instancia.

La Sra. Bartsch interpuso un recurso de casación contra la sentencia del Landesarbeitsgericht ante el Bundesarbeitsgericht, que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) a) ¿Establece el Derecho comunitario primario una prohibición de toda discriminación por razón de edad cuya protección deban garantizar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, aun cuando el comportamiento supuestamente discriminatorio carezca de vínculo alguno con el Derecho comunitario?

b) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, letra a):

¿nace tal vínculo con el Derecho comunitario del artículo 13 CE, o de la Directiva 2000/78, antes de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva? [...]?

2) Si de la respuesta a la primera cuestión se desprende que el Derecho comunitario establece tal prohibición de toda discriminación por razón de la edad, ¿es ésta aplicable también en las relaciones entre los empresarios privados, por un lado, y sus trabajadores, en activo o pensionistas, y los supérstites de éstos, por otro?

3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión:

a) ¿Entra en el ámbito de la prohibición de toda discriminación por razón de edad una disposición de un plan de pensiones de empresa que disponga que no tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge supérstite que sea más de 15 años más joven que el trabajador difunto?

b) En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión, letra a):

¿puede una disposición de este tipo justificarse por el interés del empresario en limitar los riesgos inherentes al plan de pensiones de empresa?

c) En caso de respuesta negativa a la tercera cuestión, letra b):

¿la prohibición de toda discriminación por razón de edad eventualmente aplicable a las disposiciones de los planes de pensiones de empresa tiene efectos

retroactivos ilimitados, o bien su aplicación retroactiva está limitada y, de ser así, de qué forma?".

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El Derecho comunitario no contiene una prohibición de toda discriminación por motivo de la edad, cuya aplicación deban garantizar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando el comportamiento eventualmente discriminatorio carece de vínculo alguno con el Derecho comunitario. Tal vínculo no nace del artículo 13 CE ni, en circunstancias como las del litigio principal, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, antes de expirar el plazo concedido al Estado miembro del que se trate para la adaptación de su Derecho nacional a esa Directiva».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 25 de septiembre de 2008.

Cuestión Prejudicial: C-453/2007.

Ponente: Sr. Lindh.

Voz: Trabajador turco: residencia del hijo mayor.

Resumen: El Tribunal señala que un nacional turco autorizado a entrar cuando era niño en el territorio de un Estado miembro en el marco de la reagrupación familiar y que ha adquirido el derecho a acceder libremente a cualquier actividad por cuenta ajena, no pierde el derecho de residencia en dicho Estado, aunque, a la edad de 23 años, no haya ejercido actividades por cuenta ajena desde que finalizó su formación escolar y haya participado en programas estatales de ayuda al empleo.

«De la resolución de remisión se desprende que el Sr. Er nació en Turquía en abril de 1984. Dos años después, en 1986, se reunió en Berlín con su padre, que formaba parte del mercado de trabajo legal de la República Federal de Alemania, y residió con él en territorio alemán durante al menos cinco años. Posteriormente, el padre regresó a Turquía sin su familia.

En 1998, el Sr. Er solicitó su primer permiso de residencia, que le fue concedido por una duración de un año y medio. Este documento contenía la anotación "madre con permiso de residencia indefinido" y "padre registrado en Berlín".

El Sr. Er finalizó su formación escolar en 2000, a la edad de 16 años, sin haber obtenido el correspondiente título. Su permiso de residencia fue renovado hasta el 21 de marzo de 2002.

En 2002, el Sr. Er solicitó un segundo permiso de residencia que le fue concedido hasta abril de 2003, momento a partir del cual su madre ya no se haría cargo de él. Posteriormente, el Sr. Er presentó una solicitud de renovación de su permiso de residencia, que le fue concedida por un período de un año, a pesar de los cambios que se habían producido en su situación, a saber, que ya no estaba a cargo de su madre y que había percibido un subsidio de subsistencia durante cuatro meses. No obstante, el Servicio de Inmigración del distrito de Wetterau (en lo sucesivo, "Servicio de Inmigración") exigió al Sr. Er que hiciera esfuerzos demostrables para encontrar un empleo.

El Sr. Er participó en un curso dirigido a mejorar sus oportunidades de formación e integración profesional, pero lo abandonó debido a su aptitud insuficiente. Percibió la prestación social durante un mes y se registró como desempleado.

En septiembre de 2004, el Sr. Er presentó una nueva solicitud de renovación de su permiso de residencia.

Durante el examen de dicha solicitud, el Servicio de Inmigración se entrevistó varias veces con el Sr. Er.

Éste indicó que se estaba esforzando por encontrar un trabajo, que estaba ya en vías de conseguir uno si presentaba un certificado policial de buena conducta, y que volvería a ponerse en contacto con el Servicio de Inmigración. Sin embargo, estas declaraciones no se tradujeron en hechos y el Sr. Er no consiguió ningún empleo, percibiendo el subsidio de desempleo durante 18 meses.

Mediante resolución de 17 de agosto de 2005, el Servicio de Inmigración denegó la solicitud de renovación del permiso de residencia presentada por el Sr. Er en septiembre de 2004 y le ordenó que abandonase el país en un plazo determinado, so pena de expulsión a Turquía.

Según dicha resolución, para poder acogerse al derecho de residencia concedido en el marco del artículo 7, párrafo primero, de la Decisión núm. 1/80 es necesario que, en el momento de presentar su solicitud, el interesado se encuentre a disposición del mercado de trabajo y que tenga posibilidades reales de colocación en un plazo previsible. El Servicio de Inmigración estimó que, en principio, nada cabía objetar a que se limitara a seis meses la duración de la residencia para la búsqueda de trabajo.

El 9 de septiembre de 2005 el Sr. Er presentó una reclamación contra la antedicha resolución sobre la cual aún no se ha resuelto. Asimismo, solicitó medidas cautelares al órgano jurisdiccional remitente, el cual por medio de un auto de 4 de diciembre de 2006, reconoció efecto suspensivo a su reclamación.

En el procedimiento sobre medidas cautelares, el Sr. Er alegó que se estaba esforzando por encontrar un empleo. Presentó una carta del Centro de Formación de Fráncfort de 20 de diciembre de 2005 en la que se le invitaba a seguir un programa de ayuda al empleo durante un mes. El Sr. Er inició dicho programa, pero lo abandonó debido a que no resultaba adecuado a su perfil. El informe de evaluación de las capacidades del Sr. Er concluía que tenía un bajo nivel de aptitud, poca constancia y era impuntual. Se consideró que procedía una inserción inmediata en un empleo y que no tenía sentido continuar con la labor de adquisición de cualificaciones suplementarias. En cambio, se consideró que el Sr. Er estaba capacitado para trabajos sencillos y repetitivos.

Por lo tanto, se le facilitó un contacto con una agencia de empleo de los aeropuertos, la cual organizaba un período de prácticas de formación. Como consecuencia del desarrollo positivo de su período de prácticas, estaba previsto que, a partir de principios de febrero de 2006, el Sr. Er ocupase un puesto de cargador de equipajes en el aeropuerto de Fráncfort.

El órgano jurisdiccional remitente señala que, sin embargo, el expediente de solicitud de empleo no pudo enviarse al empresario previsto, ya que el Sr. Er no había aportado su certificado de buena conducta.

EL Sr. Er no mencionó que hubiese participado en ningún otro programa de ayuda al empleo ni en ninguna actividad remunerada, a excepción de un trabajo de un día de duración.

El órgano jurisdiccional remitente hace también referencia a una anotación de la Oficina Federal de Empleo de 18 de agosto de 2006 acerca de una entrevista con el Sr. Er. Según dicha anotación, este último no ha realizado ningún esfuerzo por integrarse en el mundo laboral y, además, ha contraído deudas y su madre desearía que abandonase el domicilio familiar.

Tras la conclusión del procedimiento de medidas cautelares, el Sr. Er interpuso el 22 de enero de 2007 la demanda que ha dado origen al litigio principal. Con ella pretende que se declare la obligación del Servicio de Inmigración de renovar su permiso de residencia, ya que es beneficiario del derecho conferido por el artículo 7, párrafo primero, de la Decisión núm. 1/80, con independencia de si él mismo

ejerce una actividad laboral en territorio alemán o si la está buscando.

La resolución de remisión señala que el Sr. Er no percibe actualmente ninguna prestación social, pero que, vista su nula disposición a conseguir un puesto de trabajo, a la larga sólo podrá asegurarse su sustento por medio de las prestaciones sociales.

En estas circunstancias, el Verwaltungsgericht Gießen decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

"Un nacional turco que obtuvo, en su condición de miembro de la familia, autorización para reunirse con su padre —el cual, como trabajador turco, pertenecía al mercado de trabajo legal de la República Federal de Alemania— y que en virtud de un período anterior de cinco años de convivencia legal con éste adquirió la posición jurídica que le reconoce el artículo 7, párrafo primero, segundo guión, de la Decisión núm. 1/80 ¿pierde dicha posición jurídica debido a que, tras haber puesto fin a su escolaridad, no ha ejercido ninguna actividad laboral durante más de siete años, salvo un supuesto empleo de un día de duración, y además interrumpió su participación en todas las medidas estatales de ayuda a la búsqueda de un empleo, sin realizar esfuerzos serios para obtener un empleo, viviendo alternativamente de prestaciones sociales públicas, o de la ayuda de su madre residente en Alemania y de recursos de origen desconocido?".

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

Un nacional turco autorizado a entrar cuando era niño en el territorio de un Estado miembro en el marco de la reagrupación familiar y que ha adquirido el derecho a acceder libremente a cualquier actividad por cuenta ajena de su elección con arreglo al artículo 7, párrafo primero, segundo guión, de la Decisión núm. 1/80, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación, adoptada por el Consejo de Asociación instituido por el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, no pierde el derecho de residencia en dicho Estado, que es el corolario de ese derecho de libre acceso, aunque, a la edad de 23 años, no haya ejercido actividades por cuenta ajena desde que finalizó su formación escolar a la edad de 16 años y haya participado en programas estatales de ayuda al empleo sin haber, no obstante, llegado a concluir ninguno de ellos».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Fecha: 2 de octubre de 2008.
Cuestión Prejudicial: C-372/2007.
Ponente: Sr. Cunha Rodríguez.
Voz: Competencia judicial.
Resumen: El Tribunal declara que el artículo 22.2 del Reglamento (CE) núm. 44/2001, debe interpretarse en el sentido de que una acción, en el marco de la cual una parte alega que una decisión adoptada por un órgano de una sociedad ha vulnerado los derechos que esa parte pretende hacer valer con arreglo a los estatutos de dicha sociedad, no tiene por objeto la validez de las decisiones de los órganos de una sociedad, en el sentido de dicha disposición.

«De la resolución de remisión se desprende que los litigios principales tienen su origen en dos acciones indemnizatorias, presentadas por las Sras. Hasset y Doherty ante los tribunales irlandeses, contra dos servicios de salud irlandeses como consecuencia de un perjuicio grave supuestamente causado por la negligencia profesional de médicos que trabajaban en dichos servicios. Ambas acciones fueron objeto de una transacción que dio lugar al pago de una indemnización a cada demandante.

En el marco de esas acciones, los servicios de salud en cuestión llevaron a juicio a los médicos, para reclamarles el pago de una contribución o

de una indemnización relativa a tales acciones indemnizatorias.

En el momento en que se produjeron los hechos controvertidos, los médicos eran miembros de la MDU. La MDU es una asociación profesional constituida como una sociedad de responsabilidad limitada según el Derecho inglés, que tiene su domicilio social en el Reino Unido, y cuya función consiste, en particular, en facilitar una indemnización a sus miembros en el marco de asuntos que versan sobre negligencias profesionales cometidas por éstos.

Como consecuencia de ello, los médicos solicitaron a la MDU una indemnización o contribución por todas las cantidades a las que cada uno de ellos pueda ser condenado a pagar a los servicios de salud afectados. Sobre la base de los artículos 47 y 48 de los estatutos de la MDU, que establecen que la decisión relativa a una solicitud de indemnización se enmarca en la facultad discrecional absoluta del consejo de administración, éste decidió desestimar sus solicitudes de indemnización.

Al considerar que estas decisiones denegatorias violaban sus derechos estatutarios, los médicos, tras recibir la autorización en virtud de resoluciones de la High Court de 22 de junio de 2005 para que se practicaran las notificaciones de intervención forzosa a MDU, emplazaron a juicio a ésta.

La MDU propuso una excepción formal destinada a obtener la anulación de dichas notificaciones. Invocó que las acciones interpuestas en su contra tenían por objeto, en esencia, la validez de las decisiones adoptadas por su consejo de administración y, por lo tanto, que dichas acciones se hallaban comprendidas en el ámbito del artículo 22, apartado 2, del Reglamento núm. 44/2001, de modo que sólo los juzgados y tribunales británicos eran competentes, y no los órganos jurisdiccionales irlandeses.

En cambio, los médicos alegaron que, dada la naturaleza de sus pretensiones, los juzgados y tribunales irlandeses eran competentes (...). En particular, los médicos sostuvieron que, por una parte, la MDU incumplió sus obligaciones contractuales al no haber examinado debidamente las solicitudes de indemnización que se le formularon; por otra parte, habida cuenta de que la MDU ya había prestado asistencia a los médicos en su defensa en el marco de la acción por negligencia profesional, no podía denegarles una indemnización en un momento procesal tan avanzado.

La excepción formal propuesta por MDU fue desestimada por considerar que las pretensiones de los médicos no estaban comprendidas en el artículo 22, apartado 2, del citado Reglamento. La MDU recurrió ante la Supreme Court que suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

"En el caso de médicos que constituyen una organización de defensa mutua que reviste la forma de una sociedad, constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro, con la finalidad de prestar asistencia e indemnizaciones a sus miembros en activo en ese y en otro Estado miembro en relación con su actividad profesional, siendo así que la prestación de tales asistencia e indemnizaciones depende de la decisión que adopte el consejo de administración de esa sociedad, según lo dispuesto en sus estatutos sociales, de forma enteramente discrecional, ¿los procesos en los que un médico que ejerce en el otro Estado miembro impugna una decisión por la que se le deniega asistencia o indemnización con arreglo a tal disposición al considerar que tal decisión implica el incumplimiento por la sociedad de derechos contractuales o de otros derechos legales del médico afectado, deben considerarse procesos que tienen por objeto la validez de una decisión de un órgano de esa sociedad a los efectos del artículo 22, apartado 2, del [Reglamento (CE) núm. 44/2001], de manera que son exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que la sociedad esté domiciliada?".

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 22, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que una acción, como la controvertida en el procedimiento principal, en el marco de la cual una parte alega que una decisión adoptada por un órgano de una sociedad ha vulnerado los derechos que esa parte pretende hacer valer con arreglo a los estatutos de dicha sociedad, no tiene por objeto la validez de las decisiones de los órganos de una sociedad, en el sentido de esa disposición».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 9 de octubre de 2008.

Cuestión Prejudicial: C-404/2007.

Ponente: Sr. Cunha Rodríguez.

Voz: Cooperación en materia penal: declaración de la víctima en calidad de testigo.

Resumen: El Tribunal señala que los artículos 2 y 3 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, deben interpretarse en el sentido de que no obligan a un órgano jurisdiccional a autorizar a la víctima de un delito a declarar como testigo en un procedimiento penal con acusación particular sustitutoria como el procedimiento principal. No obstante, si no dispone de esa posibilidad, ha de poder autorizarse a la víctima a realizar una declaración que pueda ser tenida en cuenta como elemento de prueba.

«En el marco de un procedimiento penal incoado ante el Fővárosi Bíróság (Tribunal de Budapest) por el Sr. Katz, que actúa como acusación particular sustitutoria, contra el Sr. Sós, se imputa a éste un delito de estafa, tipificado en el artículo 318, apartado 1, del Büntetö törvénykönyv (Código penal húngaro), que ha causado al Sr. Katz un perjuicio especialmente grave en el sentido del apartado 6, letra a), del mismo artículo. Dicho procedimiento se inició a raíz de que el Ministerio fiscal decidiera archivar la denuncia en dicho asunto.

Según explica dicho órgano jurisdiccional, la acción pública incoada por la acusación particular sustitutoria es un modo especial de impulsar la acción pública previsto por las normas procesales penales húngaras. Además de la acusación que eleva el Ministerio fiscal, el Derecho húngaro permite a la víctima de determinados delitos menores elevar y ejercitar la acusación. Se trata de la "acusación privada" *(magánvád)*. La "acusación particular sustitutoria" *(pótmagánvád),* de la que se trata en el procedimiento principal, es el tercer modo de acción pública que permite a la víctima de una infracción ejercer la acción penal, especialmente cuando el Ministerio fiscal retira la acusación que ha formulado. La acusación privada y la acusación particular sustitutoria no deben confundirse con el ejercicio de la acción civil.

La solicitud del Sr. Katz de ser citado y oído como testigo, en calidad de víctima, en el marco de la acusación particular sustitutoria de que se trata fue desestimada por el Fővárosi Bíróság, que tramitó y concluyó la fase de prueba.

Ante el órgano jurisdiccional nacional, el Sr. Katz alegó que al negarse a oír como testigo a la víctima, que comparecía como acusación, el órgano jurisdiccional nacional había vulnerado el principio de un procedimiento equitativo y el principio de igualdad de armas, garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, "CEDH"). Además alegó que ya había resultado perjudicado por el hecho de que la autoridad instructora no había cumplido con su obligación de aclarar los hechos, y que la institución jurídica de la acusación particular sustitutoria precisamente tiene por objeto remediar esa situación para que, mediante la inter-

vención personal de la víctima, pueda descubrirse la verdad y la víctima pueda ser indemnizada. Según el Sr. Katz, de no ser así, la víctima resultaría perjudicada en comparación con el acusado.

En una vista posterior, celebrada por dicho órgano jurisdiccional el 6 de julio de 2007, éste acordó la reapertura de la fase de prueba. Indicó que, aunque el artículo 236 de la Ley núm. XIX de 1998 suprime la prohibición de que la acusación particular sustitutoria actúe como miembro del Ministerio fiscal, ninguna disposición de esta misma Ley deroga la prohibición impuesta por el artículo 31, apartado 1, de dicha Ley, de que un miembro del Ministerio fiscal puede actuar como testigo. De ello el Fövárosi Bíróság deduce que, en tal procedimiento penal, la acusación particular sustitutoria no puede ser oída como testigo. En el caso del procedimiento de acusación privada, la Ley contiene una disposición expresa en virtud de la cual el acusador privado puede ser oído como testigo. Aunque entiende que indudablemente existe cierta similitud entre la naturaleza de los procedimientos con acusación privada y los procedimientos con acusación particular sustitutoria, opina que, a falta de normas de remisión, no cabe aplicar la misma regulación a dos tipos distintos de procedimiento.

El Fövárosi Bíróság indica que el propio legislador húngaro ha reconocido que la institución jurídica de la acusación particular sustitutoria es un importante instrumento para subsanar la inacción de la administración de Justicia. También considera indudable que el objetivo de esta institución jurídica consiste en que el lesionado obtenga la posibilidad real de forzar una resolución judicial. Pero reconoce que esto puede resultar difícil o, en determinados casos, imposible, cuando la víctima que comparece como acusación particular sustitutoria no puede ser oída como testigo, o no puede aportar pruebas, a través de su testimonio, a pesar de que en la mayoría de los casos será ella quien tenga conocimiento de los hechos que deben ser probados.

Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente reconoce que la acusación particular sustitutoria, que dispone de las competencias reconocidas al Ministerio fiscal, cuenta con facultades de alcance suficiente, pues, al disponer del derecho a instar actuaciones, tiene la posibilidad –directa– de presentar pruebas y de formular observaciones.

El Fövárosi Bíróság se pregunta sobre el alcance de los conceptos de papel «efectivo y adecuado» de la víctima y de «posibilidad» de ésta de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba», a que se refieren respectivamente los artículos 2 y 3 de la Decisión marco y tiene dudas sobre si incluye la posibilidad de que la víctima también sea oída como testigo en un procedimiento con acusación particular sustitutoria.

En estas circunstancias, el Fövárosi Bíróság, resolviendo en primera instancia, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

"¿Deben interpretarse los artículos 2 y 3 de la Decisión marco [...] en el sentido de que el tribunal nacional ha de tener la posibilidad de que la víctima sea oída como testigo también en un procedimiento penal en el que ésta se ha constituido como acusación particular sustitutoria?".

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

Los artículos 2 y 3 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben interpretarse en el sentido de que no obligan a un órgano jurisdiccional a autorizar a la víctima de un delito a declarar como testigo en un procedimiento penal con acusación particular sustitutoria como el procedimiento principal. No obstante, si no dispone de esa posibilidad, ha de poder autorizarse a

la víctima a realizar una declaración que pueda ser tenida en cuenta como elemento de prueba».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Fecha: 16 de octubre de 2008.
Cuestión Prejudicial: C-310/2007.
Ponente: Sr. Juhasz.
Voz: Trabajadores por cuenta ajena: insolvencia empresarial.
Resumen: El Tribunal señala que para que se considere que una empresa establecida en un Estado miembro tiene actividades en el territorio de otro, no es necesario que disponga de una filial permanente pero sí de una presencia económica caracterizada por la existencia de medios humanos que le permitan desarrollar actividades.

«El Sr. Holmqvist trabajaba como conductor de camión para la sociedad anónima sueca Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition AB (en lo sucesivo, "Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition"). Dicha sociedad, cuyo único centro de actividad estaba en Tjörnarp (Suecia), no tenía filiales en el extranjero.

El trabajo del Sr. Holmqvist consistía en transportar mercancías desde Suecia hasta Italia y viceversa, cruzando Alemania y Austria. La descarga de mercancías en Italia se efectuaba por el personal de los diversos clientes habituales u ocasionales de Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition mediante los medios disponibles en los lugares de descarga.

Además, el Sr. Holmqvist transportaba también mercancías de Italia a Suecia por cuenta de clientes habituales u ocasionales. La carga se efectuaba por el personal y mediante los medios disponibles en el lugar de recogida. El Sr. Holmqvist supervisaba estas operaciones para garantizar el respeto de la normativa relativa a la seguridad en carretera, pero otros llevaban a cabo la operación de carga.

La carga y descarga de las mercancías en Suecia se desarrollaba de modo similar.

El 10 de abril de 2006, el órgano jurisdiccional remitente declaró la quiebra de Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition.

Mediante resolución de 27 de junio de 2006, el administrador concursal concedió al Sr. Holmqvist la garantía salarial con arreglo a la Ley de garantía salarial.

La Autoridad solicitó al órgano jurisdiccional remitente que declarara que el Sr. Holmqvist no tenía derecho a dicha garantía en el marco del procedimiento concursal incoado contra Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition.

La Autoridad alegó ante el órgano jurisdiccional remitente que, dado que Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition había ejercido sus actividades en otros Estados miembros distintos del Reino de Suecia y que el Sr. Holmqvist había desempeñado sus funciones con carácter principal en dichos Estados, no tenía derecho a la mencionada garantía. Sostenía que la Directiva 80/987 no exige que la sociedad tenga un centro de actividad o una filial en otro Estado miembro para que se considere que desarrolla su actividad en dicho Estado y que, en el caso de autos, tanto Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition como el Sr. Holmqvist ejercieron sus actividades sobre todo en Alemania, Austria e Italia. Por lo tanto, el Sr. Holmqvist no tiene derecho a la garantía salarial prevista en la legislación sueca.

El Sr. Holmqvist alegó ante el órgano jurisdiccional remitente, con carácter principal, que Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition ejerció sus actividades con carácter exclusivo en Suecia y, con carácter subsidiario, que, aun suponiendo que operara en varios Estados miembros, debe considerarse que él ejerció su trabajo habitualmente en Suecia. En primer lugar, recordó que Jörgen Nilsson Åkeri och Spedition se gestionaba y administraba desde su única oficina, sita en Tjörnarp, que el garaje y el taller se encontraban también en dicha localidad y que cada expedición comenzaba y finalizaba en Suecia. Ade-

más, el Sr. Holmqvist afirmó que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un centro de actividad o de una presencia comercial constituye el criterio que permite determinar el país en el cual el trabajador tiene derecho a solicitar la garantía salarial (...). Por último, el Sr. Holmqvist sostuvo que el artículo 8 bis de la Directiva 80/987 tiene efecto directo y que, por tanto, tiene derecho a dicha garantía en Suecia, con independencia de lo dispuesto en la Ley de garantía salarial.

Por entender que la interpretación del artículo 8 bis de la Directiva 80/987 era necesaria para dirimir el litigio, el Lunds tingsrätt resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) ¿Debe interpretarse el artículo 8 bis de la Directiva 80/987 [...] en el sentido de que es necesario, para entender que una empresa desarrolla su actividad en un Estado miembro, que tenga una filial o un centro de actividad permanente en su territorio?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿cuáles son los requisitos que debe cumplir una empresa para considerar que desarrolla su actividad en varios Estados miembros?

3) Si se estima que una sociedad desarrolla su actividad en varios Estados miembros y que un trabajador ejerce su trabajo para dicha sociedad en varios Estados miembros, ¿con qué criterios se determina dónde ejerce habitualmente su trabajo?

4) ¿Tiene efecto directo el artículo 8 bis de la Directiva 80/987 [...]?".

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El artículo 8 bis de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, debe interpretarse en el sentido de que, para que se considere que una empresa establecida en un Estado miembro tiene actividades en el territorio de otro Estado miembro, no es necesario que ésta disponga de una filial o de un establecimiento permanente en este otro Estado. No obstante, es necesario que esta empresa disponga en este último Estado de una presencia económica permanente, caracterizada por la existencia de medios humanos que le permitan desarrollar actividades. En el caso de una empresa de transporte establecida en un Estado miembro, la mera circunstancia de que un trabajador contratado por ésta en dicho Estado efectúe entregas de mercancías entre este último Estado y otro Estado miembro no permite concluir que la mencionada empresa dispone de una presencia económica permanente en otro Estado miembro».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 4 de noviembre de 2008.

Cuestión Prejudicial: C-221/2007.

Ponente: Sr. Lapuerta.

Voz: Prestaciones a favor de cónyuges supérstites de víctimas de guerra: requisito de residencia.

Resumen: El Tribunal señala que la normativa comunitaria debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación de un Estado miembro en virtud de la cual deniega el pago de determinadas prestaciones reconocidas a los cónyuges supérstites de víctimas de la guerra por el mero hecho de que éstos estén domiciliados en el territorio de determinados Estados miembros.

«La Sra. Zablocka-Weyhermüller, de nacionalidad polaca, nacida en 1952, contrajo matrimonio con el Sr. Weyhermüller el 7 de septiembre de 2002. Este último, a quien desde muchos años antes se le venía reconociendo una pensión de invalidez como gran

mutilado de guerra, falleció el 12 de enero de 2004. Hasta esa fecha, estuvo domiciliado en la circunscripción de Versorgungsamt Münster (Oficina de antiguos combatientes y víctimas de la guerra de Münster), en Alemania, y percibía su pensión y varios complementos de la misma, así como diversas indemnizaciones. Las últimas cantidades que percibió como pensión fueron de 1.419 euros al mes.

El 20 de abril de 2004, la Sra. Zablocka-Weyhermüller solicitó al Versorgungsamt Münster que se le reconociera su derecho a una pensión de viudedad completa como viuda de guerra en aplicación de las disposiciones de la BVG. En la citada solicitud invocó su condición de ciudadana polaca y manifestó su deseo de trasladar su domicilio a Polonia en un futuro próximo.

Mediante resolución de 27 de mayo de 2004, el organismo competente para pagar las prestaciones en el extranjero dio curso favorable a la solicitud de la Sra. Zablocka-Weyhermüller, haciendo constar al mismo tiempo que el fallecimiento de su esposo era imputable a una herida de guerra. La pensión de viudedad fue fijada en la cantidad de 224 euros al mes en concepto de prestación parcial resultante de los artículos 40 y 64 sexies de la BVG, por un período que habría comenzado a correr a partir del 1 de febrero de 2004.

La Sra. Zablocka-Weyhermüller solicitó que se incrementara la prestación que se le había reconocido, basándose en que las prestaciones que su marido percibía con anterioridad eran netamente más elevadas. La referida solicitud fue denegada mediante resolución del organismo competente de 19 de enero de 2005, resolución que constituye el objeto del litigio que se ventila ante el órgano jurisdiccional nacional. También se desestimó el recurso administrativo que la demandante en el litigio principal había interpuesto al efecto, recurso basado, entre otros extremos, en el hecho de que el antiguo domicilio común de los esposos estaba sito en Alemania y en que actualmente la República de Polonia pertenece a la Unión Europea.

En el transcurso del procedimiento principal, el 20 de marzo de 2007 el Land Baden-Württenberg aceptó conceder a la Sra. Zablocka-Weyhermüller una prestación parcial incrementada del importe de la pensión básica de que se trata, con efecto retroactivo a la fecha en la que comenzó a correr el derecho a pensión de la interesada, de conformidad con el artículo 64 sexies, apartado 6, de la BVG. La pensión mensual resultante se eleva a 372 euros.

En tales circunstancias, el Sozialgericht Stuttgart decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

"[...] las limitaciones de las prestaciones que el Derecho alemán de la seguridad social establece en el artículo 64 sexies de la [BVG] en lo que atañe a los beneficiarios que estén domiciliados o tengan su residencia habitual en Polonia como nuevo Estado miembro de [la Unión Europea] [¿]son compatibles con normas comunitarias de rango superior, especialmente desde el punto de vista de la libre circulación[?]".

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El artículo 18 CE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación de un Estado miembro en virtud de la cual éste deniega el pago de determinadas prestaciones reconocidas a los cónyuges supérstites de víctimas de la guerra por el mero hecho de que éstos estén domiciliados en el territorio de determinados Estados miembros».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Fecha: 18 de noviembre de 2008.
Cuestión Prejudicial: C-158/2007.
Ponente: Sr. Cunha Rodríguez.
Voz: Estudiante que se desplaza a otro Estado miembro: becas de subsistencia. Ciudadanía de la Unión.

Régimen comunitario

I

Resumen: El Tribunal señala que un estudiante de un Estado miembro que se desplaza a otro Estado miembro para estudiar puede obtener una beca de subsistencia cuando ha residido durante un periodo determinado en el Estado miembro de acogida.

«El 5 de marzo de 2000, con 20 años de edad, la Sra. Förster, de nacionalidad alemana, se estableció en los Países Bajos, donde se matriculó en magisterio y, el 1 de septiembre de 2001, en estudios de pedagogía en la Hogeschool van Amsterdam.

Durante sus estudios, la Sra. Förster ejerció diversas actividades asalariadas.

Desde octubre de 2002 hasta junio de 2003, la Sra. Förster realizó unas prácticas remuneradas en una escuela neerlandesa de educación especial para alumnos con problemas de conducta o trastornos psiquiátricos.

Tras estas prácticas, la Sra. Förster no realizó ningún otro trabajo retribuido.

Una vez aprobado, a mediados de 2004, el examen final de la licenciatura de pedagogía, la Sra. Förster fue contratada como trabajadora social el 15 de junio de dicho año en una institución que acoge a personas que sufren trastornos psiquiátricos.

IB-Groep concedió a la Sra. Förster una beca de subsistencia a partir de septiembre de 2000. IB-Groep prorrogó periódicamente esta beca. Consideraba que la Sra. Förster tenía la condición de «trabajadora» en el sentido del artículo 39 CE y, por tanto, con arreglo al artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 1612/68, debía equiparársele, en materia de becas de subsistencia, a los estudiantes de nacionalidad neerlandesa.

En una inspección, IB-Groep constató que entre julio y diciembre de 2003 la Sra. Förster no había realizado ningún trabajo retribuido. Así, en su resolución de 3 de marzo de 2005, declaró que ya no podía ser considerada trabajadora. En consecuencia, fue anulada la decisión de concesión de una beca de subsistencia para el período entre julio y diciembre de 2003 y se solicitó a la Sra. Förster la devolución de las cantidades indebidamente percibidas.

Mediante sentencia de 12 de septiembre de 2005 el Rechtbank Alkmaar desestimó el recurso interpuesto por la Sra. Förster por dos motivos. Por un lado, ese Tribunal declaró que en la segunda mitad de 2003 la Sra. Förster ya no podía ser considerada trabajadora comunitaria, por no haber realizado ningún trabajo real y efectivo durante ese período. Por otro lado, dicho Tribunal consideró que la Sra. Förster no podía disfrutar de una beca de subsistencia en virtud de la sentencia Bidar, antes citada, ya que antes de iniciar sus estudios de pedagogía no estaba integrada en modo alguno en la sociedad neerlandesa.

La Sra. Förster interpuso ante el Central Raad van Beroep un recurso de apelación en que alegó, con carácter principal, que en el período de que se trata ya estaba lo suficientemente integrada en la sociedad neerlandesa como para, en virtud del Derecho comunitario, tener derecho a una beca de subsistencia durante el segundo semestre del año 2003. Con carácter subsidiario, la Sra. Förster alegó que debía ser considerada trabajadora comunitaria durante todo el año 2003.

En esta situación, el Centrale Raad van Beroep suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) ¿El artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 1251/70 también se aplica a los estudiantes que se hayan desplazado a los Países Bajos principalmente para estudiar y que hayan ejercido en un primer momento actividades profesionales de alcance limitado mientras estudiaban, pero que entre tanto hayan dejado de ejercer dichas actividades?

2) ¿Se opone la Directiva 93/96 a que los estudiantes mencionados en la primera cuestión puedan invo-

car con éxito el artículo 12 CE para poder obtener una beca de [subsistencia]?

3) a) La norma según la cual los ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas sólo pueden invocar el artículo 12 CE si han residido legalmente en el Estado miembro de acogida durante un determinado período o si disponen de un permiso de residencia, ¿también es aplicable en relación con una ayuda para cubrir los gastos de manutención de un estudiante?

b) En caso afirmativo, ¿es admisible durante ese período un requisito relativo a la duración de la residencia que sólo se opone a los nacionales de Estados miembros distintos del Estado miembro de acogida?

c) En caso afirmativo, ¿es conforme con el artículo 12 CE la aplicación de un requisito de residencia de cinco años?

d) En caso negativo, ¿qué período de residencia es admisible?

4) ¿Debe aplicarse un período de residencia legal más corto en casos individuales cuando otros factores distintos de la duración de la residencia sugieren un grado considerable de integración en la sociedad del Estado de acogida?

5) Si los interesados pueden deducir del artículo 12 CE, como consecuencia de una sentencia del Tribunal de Justicia que tiene efecto retroactivo, más derechos de lo que antes se suponía, ¿se les pueden oponer requisitos justificados y relacionados con tales derechos respecto a períodos del pasado, si dichos requisitos se publicaron poco después del pronunciamiento de la sentencia?".

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) Los estudiantes que se hallen en la situación de la recurrente en el procedimiento principal no pueden invocar el artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, para obtener una beca de subsistencia.

2) Un estudiante nacional de un Estado miembro que se desplaza a otro Estado miembro para estudiar puede invocar el artículo 12 CE, párrafo primero, para obtener una beca de subsistencia cuando ha residido durante un período determinado en el Estado miembro de acogida. El artículo 12 CE, párrafo primero, no se opone a que se aplique a los nacionales de otros Estados miembros un requisito de residencia previa de cinco años.

3) En las circunstancias del caso de autos, el Derecho comunitario, en particular el principio de seguridad jurídica, no se opone a la aplicación de un requisito de residencia que supedita el derecho a una beca de subsistencia de los estudiantes procedentes de otros Estados miembros a haber completado períodos de residencia con anterioridad a la introducción de dicho requisito».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 20 de noviembre de 2008.

Cuestión Prejudicial: C-1/2007.

Ponente: Sr. Rosas.

Voz: Reconocimiento del permiso de conducción: suspensión temporal.

Resumen: El Tribunal señala que los artículos 1.2 y 8.2 y 4, de la Directiva 91/439/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro se niegue a reconocer, en su territorio, el derecho a conducir que se deriva de un permiso de conducción expedido en otro Estado miembro a una persona que haya sido objeto, en el territorio del primer Estado miembro, de una medida de retirada de la autorización de conducir, aun

cuando dicha retirada se haya adoptado con posterioridad a la expedición del citado permiso, ya que éste se obtuvo cuando estaba en vigor una medida de suspensión del permiso expedido en el primer Estado miembro.

«El 18 de septiembre 2004, se comprobó que el Sr. Weber, nacional alemán residente en Alemania, conducía un vehículo a motor bajo los efectos de estupefacientes (cannabis y anfetaminas). Esta infracción se sancionó con una multa así como con la suspensión de su permiso de conducción alemán durante un mes, mediante una resolución administrativa del Kreis Siegen-Wittgenstein de 17 de noviembre de 2004, que adquirió firmeza el 4 de diciembre de 2004.

El 18 de noviembre de 2004, el Sr. Weber obtuvo de las autoridades del municipio de Karlovy Vary (República Checa), la expedición de un permiso de conducción de vehículos de las categorías A1, A, B y AM, con un período de validez de diez años. El permiso incluía la mención de la fecha en que se pasó el examen para su obtención, en concreto el 16 de noviembre de 2004.

El 7 de enero de 2005, se informó al Sr. Weber mediante escrito del Ordnungsamt del Kreis Siegen-Wittgenstein que, habida cuenta de la infracción comprobada el 18 de septiembre de 2004, era objeto de un procedimiento para comprobar su aptitud para conducir. Durante el mes de febrero de 2005, el Sr. Weber remitió su permiso de conducción alemán a la autoridad administrativa.

Mediante resolución de 17 de marzo de 2005, que adquirió firmeza el 6 de abril siguiente, el Ordnungsamt del Kreis Siegen-Wittgenstein procedió, con arreglo a los artículos 3, apartado 1, del StVG, y 46, apartado 1, de la FeV, a la retirada del permiso de conducción alemán del Sr. Weber, retirada que implicaba la extinción del derecho a conducir vehículos a motor en Alemania en virtud del artículo 3, apartado 2, del StVG, y 46, apartado 5, segunda frase, de la FeV.

Mediante sentencia del Amtsgericht Siegen de 22 de agosto de 2006, se condenó al Sr. Weber, sobre la base del artículo 21 del StVG, por conducir un vehículo a motor sin permiso de conducción, infracción comprobada en un control de policía que tuvo lugar el 6 de enero de 2006.

El Sr. Weber interpuso un recurso de apelación contra esta sentencia ante el Landgericht Siegen, con el fin de obtener la absolución dado que, al ser titular de un permiso de conducción checo, tenía derecho a seguir conduciendo vehículos a motor con arreglo al principio del reconocimiento recíproco de los permisos de conducción expedidos en los Estados miembros establecido en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/439.

En estas circunstancias, el Landgericht Siegen decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

"¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 2 de la Directiva 91/439, en relación con el artículo 8, apartados 2 y 4, en el sentido de que un Estado miembro no puede denegar en su territorio el reconocimiento del derecho a conducir que se deriva de un permiso de conducción expedido por otro Estado miembro ni, por tanto, privarlo de su validez, porque en el primer Estado miembro la autorización de conducir le fue retirada al titular después de que se le concediera un 'segundo' permiso de conducción de la Unión [...], cuando la retirada de la autorización de conducir se debió a un incidente o una infracción anteriores a la expedición del permiso de conducción por el otro Estado miembro?".

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

Los artículos 1, apartado 2, y 8, apartados 2 y 4, de la Directiva 91/439/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el permiso de conducción, en su versión

modificada por el Reglamento (CE) núm. 1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro se niegue a reconocer, en su territorio, el derecho a conducir que se deriva de un permiso de conducción expedido en otro Estado miembro a una persona que haya sido objeto, en el territorio del primer Estado miembro, de una medida de retirada de la autorización de conducir, aun cuando dicha retirada se haya adoptado con posterioridad a la expedición del citado permiso, ya que éste se obtuvo cuando estaba en vigor una medida de suspensión del permiso expedido en el primer Estado miembro y dado que tanto ésta como la citada medida de retirada están justificadas por motivos que existían en la fecha de expedición del segundo permiso de conducción».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Fecha: 20 de enero de 2009.
Cuestión Prejudicial: C-350/2006 y C-520/2006.
Ponente: Sr. Levits.
Voz: Compensación económica en concepto de vacaciones.
Resumen: El Tribunal señala que la Directiva 2003/88 se opone a prácticas nacionales que prevean que, al finalizar la relación laboral, no se abone compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas por encontrarse el trabajador en situación de baja por enfermedad.

«Los demandantes en el litigio principal pueden incluirse en dos categorías.

La primera de ellas es la de un trabajador que no acude a su trabajo desde hace meses por encontrarse en situación de baja por enfermedad de duración indeterminada. En el transcurso de la referida baja por enfermedad, comunica al empresario su intención de disfrutar varios días de sus vacaciones anuales retribuidas dentro del plazo de dos meses posterior a la solicitud.

Los trabajadores que forman parte de la segunda categoría se encontraban, antes de su despido, en situación de baja por enfermedad de larga duración. Al no haber disfrutado las vacaciones anuales retribuidas durante el período de devengo de las mismas –único período en el que, según el Derecho británico, pueden disfrutarse tales vacaciones–, reclamaron una compensación económica.

Los trabajadores incluidos en las dos categorías mencionadas consiguieron que el Employment Tribunal estimara sus pretensiones. El Employment Appeal Tribunal desestimó los recursos de apelación del empresario, pero autorizó la interposición de un recurso ante la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division), la cual estimó las pretensiones del empresario.

Los recurrentes en el litigio principal interpusieron recurso de casación ante la House of Lords, que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88[...], ¿significa que un trabajador en situación de baja indefinida por enfermedad tiene derecho, durante un período que, de no corresponder a vacaciones, sería de baja por enfermedad: i) a designar un período de tiempo futuro como vacaciones anuales retribuidas, y ii) a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas?

2) Si un Estado miembro ejerce su facultad discrecional de sustituir el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas por una compensación financiera cuando tiene lugar la conclusión de la relación laboral, conforme al artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88[...], en el supuesto de que un trabajador haya permanecido en baja por enfermedad durante todo o parte del año al que corresponden las vacaciones y en el que concluye la relación laboral, ¿impone el artículo 7, apartado 2, de dicha Directiva algún requisito o establece algún

criterio con respecto a si debe satisfacerse la citada compensación, o cómo ha de calcularse ésta?".

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) 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 no se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por enfermedad no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad.

2) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las mismas y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas.

3) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que, al finalizar la relación laboral, no se abonará compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al trabajador que se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y/o del período de prórroga, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas. Para el cálculo de dicha compensación económica, resulta asimismo determinante la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Fecha: 12 de febrero de 2009.
Cuestión Prejudicial: C-339/2007.
Ponente: Sr. Jann.
Voz: Cooperación judicial en materia civil: procedimientos de insolvencia.
Resumen: El Tribunal señala que el artículo 3.1 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia tienen competencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia dirigida contra un demandado cuyo domicilio social se encuentra en otro Estado miembro.

«El 14 de marzo de 2002, Frick, que tiene su domicilio social en Alemania, giró la suma de 50.000 euros a una cuenta abierta en KBC Bank, en Düsseldorf, a nombre de Deko, sociedad que tiene su domicilio social en Bélgica. A solicitud de Frick, presentada el 15 de marzo de 2002, el Amtsgericht Marburg (Alemania) abrió el 1 de junio de 2002 un procedimiento de insolvencia que tenía por objeto el patrimonio de esta sociedad. Mediante solicitud presentada ante el Landgericht Marburg, el Sr. Seagon, que actúa en calidad de administrador concursal de Frick, solicitó a dicho órgano jurisdiccional, ejercitando una acción revocatoria por insolvencia, que ordenase a Deko restituir dicha cantidad.

El Landgericht Marburg no admitió esta petición, aduciendo que carecía de competencia internacional para conocer de ella. Después de que el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Seagon tampoco prosperara, éste interpuso recurso de casación ante el Bundesgerichtshof.

En este contexto, el Bundesgerichtshof resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) ¿Son competentes internacionalmente, según el Reglamento [núm. 1346/2000], los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento de insolvencia sobre el patrimonio del deudor, para conocer de una acción revocatoria por insolvencia contra un demandado que tiene su domicilio estatutario en otro Estado miembro?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión;

¿Se encuentra recogida la acción revocatoria por insolvencia en el artículo 1, apartado 2, letra b), del Reglamento [núm. 44/2001]?".

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia tienen competencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia dirigida contra un demandado cuyo domicilio social se encuentra en otro Estado miembro».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Fecha: 17 de febrero de 2009.
Cuestión Prejudicial: C-465/2007.
Ponente: Sr. Larsen.
Voz: Estatuto de refugiado o de protección subsidiaria. Violencia por conflicto armado.
Resumen: El Tribunal señala que la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, debe interpretarse en el sentido de que la existencia de amenazas graves e individuales contra la vida o integridad física del solicitante de protección subsidiaria no está supeditada al requisito de que éste aporte la prueba de que está afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal. 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 al país de que se trate se enfrentaría, por el mero hecho de su presencia, a un riesgo real de sufrir amenazas.

«El 13 de diciembre de 2006, los esposos Elgafaji presentaron sendas solicitudes de permiso de residencia temporal en los Países Bajos acompañadas de información destinada a probar el riesgo real al que se verían expuestos en caso de expulsión a su país de origen, Irak. En apoyo de sus argumentos se refirieron en especial a los hechos relativos a su situación personal.

Alegaron, en particular, que el Sr. Elgafaji, musulmán de rito chiíta, había trabajado desde agosto de 2004 hasta septiembre de 2006 al servicio de una empresa británica encargada de la seguridad del transporte de personas desde el aeropuerto hasta la zona denominada "verde". Indicaron que el tío del Sr. Elgafaji, empleado en la misma empresa, había sido asesinado por las milicias. Su certificado de defunción indicaba que su muerte se había producido como consecuencia de un acto terrorista. Poco tiempo después, alguien colocó una carta que contenía la amenaza "muerte a los colaboradores" en la puerta del domicilio que el Sr. Elgafaji compartía con la Sra. Elgafaji, su esposa musulmana de rito sunita.

Mediante decisiones de 20 de diciembre de 2006, el Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie (Ministro de Inmigración e Integración; en lo sucesivo, "Ministro"), autoridad competente hasta el 22 de febrero de 2007, fecha en la que el Staatssecretaris van Justitie (Secretario de Estado de Justicia) asumió las competencias sobre inmigración, denegó los permisos de residencia temporal a los

esposos Elgafaji. Consideró que éstos no habían demostrado las circunstancias que invocaban y que, por tanto, no habían probado el riesgo real de amenazas graves e individuales al que, según ellos, se verían expuestos en su país de origen. De esto concluyó que su situación no estaba comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 29, apartado 1, letra b), de la Vw 2000.

Según el Ministro, la carga de la prueba relativa a la protección otorgada con arreglo a la letra b) y a la letra c) del artículo 15 de la Directiva es idéntica. Ambas disposiciones, al igual que el artículo 29, apartado 1, letra b), de la Vw 2000, exigen a los solicitantes que prueben la realidad de su situación personal en relación con el riesgo de amenazas graves e individuales al que se verían expuestos si tuvieran que regresar a su país de origen. Dado que los esposos Elgafaji no han aportado tal prueba en el marco del artículo 29, apartado 1, letra b), de la Vw 2000, no pueden invocar con éxito el artículo 15, letra c), de la Directiva.

A raíz de la denegación de sus solicitudes de permiso de residencia temporal, los esposos Elgafaji interpusieron ante el Rechtbank te ”s-Gravenhage sendos recursos que fueron estimados.

Dicho órgano jurisdiccional consideró, en particular, que la letra c) del artículo 15 de la Directiva, que tiene en cuenta la existencia de un conflicto armado en el país de origen del solicitante de protección, no exige el alto grado de individualización de la amenaza requerido por la letra b) del mismo artículo y por el artículo 29, apartado 1, letra b), de la Vw 2000. Por tanto, la prueba de la existencia de amenazas graves e individuales que recae sobre las personas que solicitan protección puede aportarse más fácilmente en el marco del artículo 15, letra c), que en el marco del artículo 15, letra b), de la Directiva.

En consecuencia, el Rechtbank te ”s-Gravenhage anuló las decisiones de 20 de diciembre de 2006 por las que se denegaba el permiso de residencia temporal a los esposos Elgafaji porque se había equiparado la prueba exigida por el artículo 15, letra c), de la Directiva con la requerida por el artículo 15, letra b), recogida ésta a su vez en el artículo 29, apartado 1, letra b), de la Vw 2000.

Según el Rechtbank te ”s-Gravenhage, el Ministro debería haber examinado si no había razones para expedir en favor de los esposos Elgafaji un permiso de residencia temporal con arreglo al artículo 29, apartado 1, letra d), de la Vw 2000 debido a la existencia de daños graves en el sentido del artículo 15, letra c), de la Directiva.

El Raad van State, que conoce del asunto en apelación, estimó que las disposiciones pertinentes de la Directiva presentaban dificultades de interpretación. Señaló, además, que el 20 de diciembre de 2006, fecha en la que el Ministro adoptó las decisiones impugnadas, la legislación neerlandesa aún no había sido adaptada al artículo 15, letra c), de la Directiva.

Ante esta situación, el Raad van State decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Debe interpretarse el artículo 15, [...] letra c), de la Directiva [...] en el sentido de que dicha disposición concede protección únicamente en una situación a la que también se refiere el artículo 3 del [CEDH], tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o en el sentido de que proporciona una protección complementaria o distinta de la del artículo 3 del [CEDH]?

2) En el caso de que la protección proporcionada por el artículo 15, [...] letra c), de la Directiva sea complementaria o distinta de la del artículo 3 del [CEDH], ¿qué criterios han de aplicarse para determinar si una persona, que alega poder acogerse al estatuto de protección subsidiaria, corre el riesgo real de sufrir amenazas graves e individuales motivadas por una violencia indiscriminada, en el sentido del

artículo 15, [...] letra c), en relación con el artículo 2, [...] letra e), de la Directiva?".

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 15, letra c), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, en relación con el artículo 2, letra e), de la misma Directiva, debe interpretarse en el sentido de 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 afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal;

—la existencia de tales amenazas puede considerarse acreditada, excepcionalmente, cuando el grado de violencia indiscriminada que caracteriza el conflicto armado existente –apreciado por las autoridades nacionales competentes a las que se ha presentado una solicitud de protección subsidiaria o por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro ante los que se ha impugnado la decisión de denegación de tal solicitud– llega a tal extremo que existen motivos fundados para creer que un civil expulsado al país de que se trate o, en su caso, a la región de que se trate, se enfrentaría, por el mero hecho de su presencia en el territorio de éstos, a un riesgo real de sufrir dichas amenazas».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 19 de febrero de 2009.

Cuestión Prejudicial: C-228/2006.

Ponente: Sr. Kasel.

Voz: Libre prestación de servicios: visado.

Resumen: El Tribunal señala que el Protocolo Adicional firmado en 1970 y confirmado en virtud del Reglamento (CEE) n.º 2760/72, deben interpretarse en el sentido de que se opone a la introducción, a partir de la entrada en vigor del Protocolo, de la exigencia de un visado que permita a los nacionales turcos, como los demandantes en el litigio principal, entrar en el territorio de un Estado miembro para efectuar en él prestaciones de servicios por cuenta de una empresa con domicilio en Turquía, ya que en dicho momento no se exigía el visado.

«Según la resolución de remisión, los Sres. Soysal y Savatli son nacionales turcos con domicilio en Turquía, empleados por una sociedad turca de transporte internacional de mercancías como conductores de camiones pertenecientes a una sociedad alemana y matriculados en Alemania.

Hasta el año 2000, la República Federal de Alemania concedió en varias ocasiones, en respuesta a las solicitudes presentadas a tal efecto, un visado de entrada a los demandantes en el litigio principal en su calidad de conductores de camiones matriculados en Turquía para efectuar prestaciones de servicios en Alemania.

Tras comprobar que los interesados conducían camiones matriculados en Alemania, el Consulado General de Alemania en Estambul denegó sus solicitudes de visado presentadas en los años 2001 y 2002.

Contra las decisiones denegatorias de visado, los Sres. Soysal y Savatli presentaron recurso ante el Verwaltungsgericht Berlin para que se declarase que, en su calidad de conductores que efectúan prestaciones de servicios en forma de transporte internacional de mercancías, tienen derecho a entrar en Alemania sin poseer visado a tal efecto. A este respecto se basan en la cláusula de *standstill* del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional,

que prohíbe aplicarles condiciones de acceso al territorio alemán menos favorables que las aplicables en la fecha de entrada en vigor del referido Protocolo en la República Federal de Alemania, a saber, el 1 de enero de 1973. Ahora bien, en dicha fecha no era obligatorio estar en posesión de visado para la actividad que ejercen, al no haberse introducido tal obligación hasta el año 1980. Además, la referida cláusula prevalece sobre la necesidad de visado impuesta por el Reglamento núm. 539/2001, adoptado con posterioridad a la fecha arriba indicada.

Al haber desestimado el Verwaltungsgericht Berlin sus recursos mediante sentencia de 3 de julio de 2002, los Sres. Soysal y Savatli interpusieron recurso de apelación ante el Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, que considera que la solución del litigio del que conoce depende de la interpretación del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional.

A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente señala que los demandantes en el litigio principal trabajan como conductores de camión para una empresa que tiene su domicilio social en Turquía y que efectúa legalmente prestaciones de servicios en Alemania. En particular, dichos conductores no ejercen su actividad para la sociedad alemana, a cuyo nombre están matriculados los camiones utilizados para efectuar el transporte de mercancías, en el marco de una puesta a disposición de trabajadores, que requiere una autorización en Derecho alemán, ya que la facultad de dar instrucciones a los trabajadores de que se trata en relación con el ejercicio de su trabajo corresponde esencialmente, incluso mientras trabajan al servicio de la referida sociedad alemana, a la sociedad turca que los emplea.

Además, según el órgano jurisdiccional remitente, de la sentencia de 21 de octubre de 2003, Abatay y otros (C-317/01 y C-369/01, Rec. p. I-12301, apartado 106) se desprende que, para la actividad que ejercen, los trabajadores turcos como los demandantes en el litigio principal pueden invocar en su favor el artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional.

Por último, a la entrada en vigor del referido Protocolo dichos trabajadores, que ejercen actividades en Alemania en el ámbito del transporte internacional de mercancías por carretera, tenían el derecho a entrar sin visado en el territorio de dicho Estado miembro, al no haberse establecido tal obligación en el Derecho alemán hasta el 1 de julio de 1980.

Sin embargo, según el órgano jurisdiccional remitente, no existe hasta ahora una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que responda a la cuestión de si la introducción de la obligación de visado en la legislación nacional en materia de inmigración o en el Derecho comunitario es una de las "nuevas restricciones" a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional.

En efecto, por una parte, si bien es cierto que los apartados 69 y 70 de la sentencia de 11 de mayo de 2000, Savas (C-37/98, Rec. p. I-2927), corroboran la interpretación según la cual el artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional contiene una prohibición general de agravación que se aplica igualmente al derecho de admisión y de estancia, de manera que basta con determinar si la medida de que se trata tiene por objeto y por efecto someter la situación del nacional turco en materia de libertad de establecimiento o de libre prestación de servicios a condiciones más restrictivas que aquéllas aplicables en el momento de entrada en vigor del Protocolo Adicional (véase, en este mismo sentido, la sentencia Abatay y otros, antes citada, apartado 116), se objetó a dicha interpretación según el tribunal remitente que la citada disposición no puede bloquear la competencia legislativa general de los Estados miembros, cuyo ejercicio también podría llegar a afectar de alguna manera a la situación de los nacionales turcos.

El órgano jurisdiccional remitente señala que, por otra parte, aunque el tenor del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional, que se refiere a las "par-

tes contratantes", aboga en favor la tesis de que la cláusula de *standstill* de dicha disposición se aplica no sólo a las normas de los Estados miembros sino también a aquellas que resulten del Derecho comunitario derivado, el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado a este respecto.

En este contexto, el Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) ¿Debe interpretarse el artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional [...] en el sentido de que ha de considerarse que constituye una restricción a la libre prestación de servicios el hecho de que un nacional turco que trabaja para una empresa turca conduciendo un camión matriculado en Alemania y realizando transportes internacionales debe estar en posesión de un visado Schengen para entrar en Alemania, con arreglo al artículo 4, apartado 1, y al artículo 6 de la Aufenthaltsgesetz [...], y al artículo 1, apartado 1, del Reglamento [...] núm. 539/2001, a pesar de que en el momento de la entrada en vigor del Protocolo Adicional podía viajar a [Alemania] sin necesidad de visado?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional en el sentido de que los nacionales turcos mencionados en la primera cuestión no necesitan visado para entrar en Alemania?".

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional, firmado en Bruselas el 23 de noviembre de 1970 y concluido, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad en virtud del Reglamento (CEE) n.º 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la introducción, a partir de la entrada en vigor de dicho Protocolo, de la exigencia de un visado que permita a los nacionales turcos, como los demandantes en el litigio principal, entrar en el territorio de un Estado miembro para efectuar en él prestaciones de servicios por cuenta de una empresa con domicilio en Turquía, ya que en dicho momento no se exigía tal visado».

José Vicente Lorenzo Jiménez

Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla
(jvlorenzo@us.es)

II

La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

SUMARIO

I. Introducción. A) Las previsiones legales. B) La interpretación del Tribunal Supremo.

II. La naturaleza de la expulsión en la Ley de 1985. A) La afirmación del Tribunal Supremo. B) Crítica a la afirmación del Tribunal Supremo.

III. La posibilidad de devoluciones antes de 90 días. A) La afirmación del Tribunal Supremo. B) Examen de las sentencias en las que constituye la *ratio decidendi*. C) Crítica a esta doctrina. a) La estancia no es una situación de hecho, sino legal. b) La improcedencia de la devolución. c) El procedimiento para acordar la devolución.

IV. La expulsión como sanción. A) La naturaleza sancionadora de la expulsión según la doctrina del Tribunal Supremo. B) Los defectos de la regulación de la LOE. C) La expulsión como sanción. ¿Qué es lo que caracteriza a las sanciones? D) Las consecuencias de la distinción entre medidas sancionadoras y medidas reparadoras.

V. La opción entre la multa y la expulsión. A) El criterio del Tribunal Supremo: la preferencia de la multa sobre la expulsión. B) La doctrina del Tribunal Supremo ignora la relación de especialidad de la expulsión con respecto a la multa. C) Crítica a la doctrina del Tribunal Supremo en lo referente a la gravedad de la expulsión. a) El contenido no aflictivo de la medida de expulsión por la permanencia irregular en España. b) La menor gravedad de la expulsión en supuestos concretos. D) Crítica a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el carácter de la multa como sanción principal. E) La doctrina del Tribunal Supremo ignora la legislación comunitaria y al acervo Schengen.

VI. La obligación de motivar la opción por la expulsión y su conexión con el principio de proporcionalidad. A) El criterio del Tribunal Supremo: la obligación de motivar la opción por la expulsión. a) La doctrina del Tribunal Supremo. b) Crítica a la doctrina del Tribunal Supremo. c) La tramitación de los procedimientos preferentes y su trascendencia con respecto a la necesidad de motivar la expulsión. B) Los argumentos del Tribunal Supremo desde el punto de vista de la proporcionalidad de la expulsión. a) La proporcionalidad de la medida de expulsión. b) El principio de proporcionalidad y su regulación en el artículo 131 de la LRJ. c) El principio de razonabilidad. C) Datos que se consideran negativos. D) Datos que no son suficientes para justificar la expulsión en caso de que ésta no se encuentre expresamente motivada. a) Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. b) En particular, la existencia de diligencias policiales y penales. E) La proporcionalidad y los datos resultantes del expediente. F) Las consecuencias de la falta de motivación.

José Vicente Lorenzo Jiménez
II

VII. La peculiar situación de esta doctrina como consecuencia de la pérdida de la competencia del Tribunal Supremo sobre la materia.

I. INTRODUCCIÓN

A) Las previsiones legales

El artículo 53 de la LOE contempla una serie de infracciones administrativas de la legislación de extranjería que pueden ser cometidas por los extranjeros. Una de ellas, la más corriente en la práctica, es la prevista en la letra 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»[1]. La Ley califica como grave esta infracción.

Según el artículo 55 de la Ley, las infracciones graves serán sancionadas con multa de 301 a 6.000 euros. Ahora bien, según el artículo 57.1 de la Ley, cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

B) La interpretación del Tribunal Supremo

Pues bien, en esta materia el Tribunal Supremo ha desarrollado una doctrina jurisprudencial en los últimos años que puede resumirse del modo siguiente[2]:

– En la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27.

– El encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30.1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000, ya que durante los primeros 90

(1) A la vista de la jurisprudencia existente, son muy pocos los casos en los que no se aplica el artículo 53.a). Un ejemplo de lo contrario es la STS de 9 de febrero de 2007 (Ar. 1885), en el que se aplica el artículo 53.f) [pero se trataba de un italiano, es decir, un ciudadano comunitario, al que no le era aplicable el artículo 53.a)]. Otro caso es el de la STS de 29 de marzo de 2007 (artículo 1957), aunque en concurrencia con el artículo 53.a).

(2) La doctrina se repite en numerosas sentencias. La primera, salvo error, es la de 9 de diciembre de 2005 (artículo 1383 de 2006) (ponente: Cáncer Lalanne). Vid. un comentario de esta jurisprudencia en Tolosa Tribiño, C.: «Exigencia de motivación en materia de expulsión como medida alternativa a la sanción pecuniaria. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2005», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* 11, marzo de 2006, pp. 165 y ss. En este trabajo el autor da cuenta de los criterios que en ese momento se seguían por los Tribunales Superiores de Justicia, en general opuestos a lo que va a constituir la nueva doctrina del Tribunal Supremo, en el sentido de que la Administración puede optar discrecionalmente por la expulsión. Del mismo autor, «Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* 14, marzo de 2007, pp. 30 y ss.

días no procede la expulsión sino la devolución), según el artículo 53.a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión.

– En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce del artículo 55.1 y de la propia literalidad del artículo 57.1.

– En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente con multa.

– Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esta motivación por el hecho de que no conste en la resolución, siempre que conste en el expediente administrativo. En efecto,

- Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanecía ilegal, sin otros hechos negativos, la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal en principio se sanciona con multa.

- 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 estancia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

El presente trabajo contiene una serie de reflexiones sobre dicha jurisprudencia.

II. LA NATURALEZA DE LA EXPULSIÓN EN LA LEY DE 1985

A) La afirmación del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo afirma que la expulsión no tenía contenido sancionador en la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, según deduce de «una interpretación conjunta de los artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias». Y a continuación añade que «quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión».

Se trata de una afirmación importante. No es un mero *obiter dictum*, sino un argumento esencial, porque con ella se pretende justificar el cambio de criterio seguido hasta entonces por el propio Tribunal en relación con la aplicación de la medida de expulsión. En efecto, hasta entonces, en la mayor parte de los casos el Tribunal Supremo no había tenido reparo alguno en reconocer la procedencia de la expulsión; en cambio, ahora pretende basar el cambio de criterio en el argumento de que la Ley 4/2000 cambia la naturaleza jurídica de la medida de expulsión.

B) Crítica a la afirmación del Tribunal Supremo

La afirmación del Tribunal Supremo es muy discutible a la vista del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia y doctrina sobre la cuestión.

El análisis de la Ley de 1985 muestra que ésta ciertamente en ningún momento califica la expulsión como sanción. Sin embargo, la materia se encuentra regulada en el título VI, denominado «infracciones y sanciones». Por otra parte, los supuestos contemplados en el artículo 26 son calificados como infracciones en el artículo 27. El artículo 27.3 añade que no puede simultanearse la expulsión con la sanción pecuniaria. El artículo 30 se refiere a la tramitación de los expedientes de expulsión; y el artículo 31 se refiere a «los demás expedientes sancionadores», lo que equivale a reconocer que los expedientes de expulsión eran también expedientes sancionadores.

Por su parte, el Reglamento de Extranjería de 1996 (Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero) calificaba expresamente como sanción la expulsión del territorio español con prohibición de entrada en él por un período mínimo de tres años y un máximo de cinco [artículo 99.1.a)].

Por otra parte, el razonamiento del Tribunal Supremo no es muy claro. Si las infracciones pueden dar lugar, alternativamente, a expulsión o multa, ello quiere decir que la expulsión y la multa son consecuencias de la infracción de la misma naturaleza, es decir, sanciones. El hecho de que no puedan imponerse conjuntamente es un dato realmente a favor de la naturaleza sancionadora de la expulsión, una consecuencia del principio *non bis in idem*. El propio Tribunal no es muy coherente cuando afirma que «los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión», pues indudablemente la palabra castigo presupone un contenido sancionador.

A ello hay que añadir que la afirmación aparece contradicha por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del propio Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional, en efecto, ha reconocido en diversas ocasiones que la expulsión era una sanción. Así, la STC 116/1993, de 29 de marzo, dice (si bien aplica la legislación anterior a la de 1985, es decir, el Decreto 522/1974) que «con abstracción de su naturaleza jurídica, la decisión administrativa impugnada supone una limitación de derechos y se ha basado en la apreciación de la conducta de la persona, por lo que, como ya ha tenido ocasión de sostener este Tribunal (SSTC 13/1982 y 61/1990) ha de considerarse sanción a los efectos del artículo 25.1 de la CE». Por su parte, la STC 24/2000 añade que «este Tribunal tiene establecido que la orden de expulsión decretada por la autoridad gubernativa competente no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería, por imperativo del artículo 25.1 de la CE (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, y 116/1993, de 29 de marzo) y respetar el derecho de defensa, dándose audiencia al extranjero antes de acordar la expulsión (STC 242/1994, de 20 de julio), al igual que sucede con la medida judicial de internamiento preventivo previo a la expulsión (SSTC 140/1990, de 20 de septiembre; 96/1995, de 19 de junio, y 182/1996, de 12 de noviembre)».

El Tribunal Supremo, por su parte, ha considerado expresamente en diversas ocasiones que la expulsión regulada en la Ley de 1985 constituye una sanción (por ejemplo, SSTS de 27 de diciembre de 2000, 16 de octubre de 2001, 19 de octubre de 2001, 2 de junio de 2003, 4 de mayo

de 2004)[3]. La naturaleza de sanción se reconoce implícitamente al plantearse la cuestión de su compatibilidad con las condenas penales y el principio *non bis in idem* (STS de 22 de mayo de 2000, Ar. 4765); o al razonar sobre la aplicación del principio de presunción de inocencia (STS de 10 de abril de 2000, Ar. 3345; 26 de octubre de 2000, Ar. 10372); o al plantearse la cuestión de la tipicidad de la conducta, por si pudiera haber sido infringido el artículo 25.1 de la CE.

Además, el propio Tribunal Supremo no es coherente con su apreciación de su naturaleza no sancionadora, al declarar la retroactividad de la Ley de Extranjería 4/2000 a supuestos de hecho producidos durante la vigencia de la Ley de 1985, ya que aquella Ley contemplaba únicamente la multa para los supuestos de permanencia ilegal en España[4]. Si la expulsión, conforme a la interpretación que hace el Tribunal Supremo de la Ley de 1985, no era una sanción, no puede invocarse el principio de retroactividad de la Ley más favorable. Si la expulsión anteriormente no constituía una sanción, no puede decirse que la posterior contemplación de la sanción de multa por el mismo hecho sea más favorable, pues –de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo– se trata de medidas de distinta naturaleza. Con su razonamiento, el Tribunal Supremo sustituye con carácter retroactivo una medida no sancionadora –la expulsión– por una medida que sí tiene carácter sancionador –la multa–.

Por último, por lo que se refiere a la doctrina, ésta ha entendido, sin cuestionárselo, que la expulsión regulada en la Ley de 1985 es una medida de naturaleza sancionadora[5].

III. LA POSIBILIDAD DE DEVOLUCIONES ANTES DE 90 DÍAS

A) La afirmación del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo afirma que durante los noventa días previstos en el artículo 30.1 y 2 de la LOE, no procede la expulsión sino la devolución. Se trata de una afirmación reiterada en todas las sentencias. Lo curioso es que se trata de una afirmación perfectamente prescindible en la mayor parte de estas sentencias, en las que constituye un mero *obiter dictum*.

B) Examen de las sentencias en las que constituye la *ratio decidendi*

Salvo error, la primera vez que sostiene la teoría –y con carácter de *ratio decidendi*– es en la STS de 22 de diciembre de 2005 (Ar. 336, 2006, Sección 5.ª, Ponente Peces Morate). La sentencia se refiere a un ciudadano marroquí que había entrado en España sin visado, por lo que su entrada

(3) No obstante, alguna sentencia rechaza expresamente tal calificación: así ocurre con la STS de 20 de diciembre de 2002 (Ar. 111, 2003).

(4) Vid. por ejemplo, STS de 24 de enero de 2006, Ar. 4326.

(5) Vid., a título de ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo,* tomo II, 1993, p. 192; ESCUIN PALOP, V.: *Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España,* CEC, Madrid, 1991, p. 93; APRELL LASAGABASTER, C.: *Régimen administrativo de los extranjeros en España,* Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 233; GIMENO FELIU, P.: *Expulsión de extranjeros del territorio nacional,* Ministerio del Interior, Madrid, 1993, p. 18.

fue irregular, ya que no estaba exento de la obtención de dicho visado. Sin embargo, según el Tribunal Supremo su «estancia» en territorio español no había sobrepasado los 90 días. Según el Tribunal, el artículo 53.a) alude al hecho de encontrarse irregularmente en territorio español, pero en concretas circunstancias, entre ellas que «su estancia en dicho territorio se hubiese prolongado más de 90 días». De ello deduce que la conducta del recurrente por haber entrado ilegalmente en territorio español y encontrarse en él irregularmente sin haber sobrepasado los 90 días, a que se refiere el apartado 1 del artículo 30 de la LOE, no está calificada como infracción grave en el mencionado artículo 53.a), sin que sea posible una interpretación extensiva de este precepto al venir proscrita por los artículos 25.1 de la CE y 129 de la LRJ. Y si la conducta no está tipificada en el artículo 53.a), no puede ser sancionada.

Esta doctrina ha sido seguida por otras varias sentencias[6]. La STS de 14 de junio de 2007 (Ar. 6024) se refiere a un supuesto en el que se alegó que el interesado llevaba en España menos de 90 días, diciendo la sentencia que si se hubiera acreditado tal hecho –lo que no se hizo– sería aplicable la doctrina de la STS de 28 de febrero de 2007.

En el supuesto de la STS de 27 de septiembre de 2007 (Ar. 7175) el interesado alegaba que el pasaporte se expidió el 16 de mayo de 2002 y la detención se produjo el 3 de julio de 2002. El Tribunal Supremo aplica la doctrina de los 90 días: la entrada ilegal y la estancia en esos 90 días no está tipificada en el artículo 53.a), pues se refiere «a la no obtención o caducidad de la prórroga de estancia, de la autorización de residencia o documentos análogos, todo lo cual, obviamente, es distinto a la pura entrada ilegal y a la pura estancia (artículo 30 de la LOE)»[7].

C) Crítica a esta doctrina

a) La estancia no es una situación de hecho, sino legal

Las sentencias citadas equivocan la naturaleza de la estancia, ya que parecen entender que estancia es sinónimo de permanencia en España. Pero esto no es así.

La estancia es una situación administrativa prevista en el artículo 30 de la LOE junto con la residencia temporal y la permanente. El artículo 25.1 del RE (y los concordantes de Reglamentos anteriores) define la situación de estancia como aquella en la que se halla «el extranjero que no sea titular de una autorización de residencia y se encuentre *autorizado* para permanecer en España por un período ininterrumpido o suma de períodos sucesivos cuya duración total no exceda de 90 días por semestre a partir de la fecha de la primera entrada...». La situación de estancia –añade el artículo 25.2– es autorizada a través del correspondiente visado de estancia, salvo en los casos en que éste no se exija, o, en su caso, a través de la resolución de prórroga de estancia».

(6) Igual doctrina en STS de 6 de octubre de 2006, Ar. 8697; 31 de enero de 2007, Ar. 2034; 28 de febrero de 2007 [Ar. 2158; esta sentencia es citada en otras posteriores; además, se remite al artículo 138.1.b) del RE de 1981]; y 19 de abril de 2007 (Ar. 4271). Fernández Valverde transcribe, sin comentarlas, las Sentencias de 31 de enero de 2007 y 28 de febrero de 2007, en FERNÁNDEZ VALVERDE, R.; «Jurisprudencia sobre extranjería y asilo», en el volumen *Jurisprudencia Contencioso Administrativa* (2005-2007): *análisis crítico, Estudios de Derecho Judicial,* 125/2007, p. 345 y ss.

(7) Igual doctrina se contiene en las SSTS de 18 de octubre de 2007 (Ar. 6466) y 14 de febrero de 2008 (Ar. 1163). Esta última menciona expresamente a las anteriores de 27 de septiembre de 2007 y 18 de octubre de 2007.

La estancia, pues, hace referencia a una situación de legalidad: la estancia es una situación jurídica en la que pueden encontrarse los extranjeros que están *regularmente* en territorio español. No cabe, por ejemplo, hablar de un residente ilegal o irregular, ni tampoco cabe hablar de una situación de estancia irregular. La estancia o es regular o no es estancia.

Sobre esta base, para permanecer regularmente en España no basta con que esta permanencia sea inferior a 90 días. El artículo 30 de la LOE no concede un plazo de gracia a los extranjeros para permanecer en España durante 90 días sin ningún título habilitante. Es necesario un título habilitante.

En efecto, la entrada de un extranjero en España no puede hacerse de cualquier manera, sino que hay que cumplir los requisitos establecidos en los artículos 25 de la LOE y 4 a 16 del Reglamento actualmente vigente. En particular, generalmente necesitará un visado (artículo 25.2 de la LOE)[8]. Pero incluso cuando no lo necesite, ello no significa que pueda entrar como quiera. Conforme al artículo 25.1 de la LOE, deberá entrar por los puestos habilitados al efecto, y estar provisto de pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, y presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia. Todo ello significa que para que el extranjero se encuentre regularmente en España es necesario que formule una declaración de entrada (artículos 12 y 103 del RE). Y si no lo hace, su permanencia, sea superior o inferior a 90 días, es ilegal. Pero en tal caso lo procedente no es un expediente de devolución, sino de expulsión.

La estancia, pues, es una situación amparada jurídicamente. Frente a ello, la mera permanencia es una situación de hecho.

A la vista de tales ideas, la STS de 22 de diciembre de 2005 –al igual que las demás que siguen idéntica doctrina–, incurre en un manifiesto error, pues el extranjero en cuestión se encontraba en situación irregular. La propia sentencia reconoce que el interesado no había declarado su entrada en territorio español. Y –frente a lo que dice la sentencia– no es cierto que tal permanencia no esté tipificada, porque el supuesto se encuentra previsto en el artículo 53.a): el extranjero se encontraba irregularmente en territorio español; no había obtenido prórroga de estancia (porque ni siquiera estaba en la situación de estancia, que es una situación amparada en la legalidad), y carecía de autorización de residencia. En el caso en cuestión el ciudadano marroquí estaba obligado a obtener un visado de estancia, por lo que su situación era irregular. Pero incluso aunque no hubiera necesitado visado, era necesario un requisito complementario

(8) Estos requisitos venían impuestos por el convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, firmado el 19 de junio de 1990 (artículos 3 y siguientes). Según el artículo 5, para una estancia que no exceda de tres meses se podrá autorizar la entrada en el territorio de las Partes contratantes a los extranjeros que cumplan una serie de condiciones, entre ellas poseer un documento o documentos válidos, y estar en posesión de un visado válido «cuando sea exigible». Por tanto, hay que interpretar que cuando no se exige visado, la autorización de estancia es tácita, pero siempre que se cumplan determinados requisitos. Por su parte, el artículo 22 impone la obligación de declarar la entrada en un plazo de tres días hábiles como máximo. Y el artículo 23 establece que el extranjero que no cumpla o deje de cumplir las condiciones de corta estancia aplicables en el territorio de una de las Partes contratantes deberá, en principio, abandonar sin demora el territorio de las Partes contratantes. El Reglamento (CE) 562/06 del Parlamento 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), ha derogado los artículos 2 a 8 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen a partir de 13 de octubre de 2006, pero establece una regulación similar.

para que su situación fuera legal: tenía que haber realizado la declaración de entrada, como exige el acervo Schengen y la legislación española que lo desarrolla.

b) La improcedencia de la devolución

Según la sentencia que estamos comentando, en los primeros 90 días procede la devolución. Sin embargo, esto no es correcto. En efecto, para permanecer en España, en los supuestos de corta duración, el interesado debe estar amparado por un título. Normalmente será el visado de estancia, que autoriza a permanecer en España durante un período de tiempo, que no tiene por qué ser de 90 días, sino que también puede ser de duración inferior, y de hecho esto suele ser lo que ocurre. En cualquier caso, es el visado, y no la Ley, el que determina la duración de la estancia. Evidentemente, en estos casos en que el interesado se encuentra con un título habilitante para permanecer en España, su situación no es irregular, y por tanto no procede ni la expulsión ni la devolución[9].

Es cierto que los ciudadanos de ciertos paises no necesitan un visado de estancia de corta duración. Pero en estos casos el interesado debe declarar la entrada. Pero si efectúan tal declaración, su situación también es regular, y por ello no procede ni la expulsión ni la devolución.

Por el contrario, si durante esos 90 días a los que alude el Tribunal Supremo el interesado no tiene un título que le habilite para permanecer en España, entonces no procede la devolución, porque no se encuentra entre los supuestos previstos en el artículo 58.2. En efecto, la devolución sólo está prevista para «los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España» y para «los que pretendan entrar ilegalmente en el país».

Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta tanto más sorprendente por otra razón: el Reglamento de Extranjería de 2001 entendía que «los que pretendan entrar ilegalmente en el país» incluía a estos efectos no solo a los que, sin cumplir con los requisitos de entrada, fueran interceptados en la frontera o en sus inmediaciones, sino también a los que fueran interceptados «en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta» [artículo 138.1.b)]. Sin embargo, este último inciso fue declarado ilegal por el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de marzo de 2003 (Ar. 2422). Para el Tribunal Supremo el precepto en cuestión realiza una interpretación extensiva que va más allá del mandato legal, ampliándolo a un supuesto no previsto en éste, por lo que el Reglamento está realizando una interpretación contra Ley, que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos (fundamento jurídico 18). En efecto, la Ley se está refiriendo a la tentativa de entrada, siendo evidente –añade– que quienes estén en ruta o en tránsito no pretenden entrar, ya que ésta es una situación incompatible con la de encontrarse en el interior, es decir, dentro del territorio nacional[10]. Desde esta perspectiva, el Tribunal Supremo incurre en una evidente

(9) Lo mismo cabe decir con respecto a las demás clases de visado. Vid. artículo 27.2.b) de la LOE.

(10) Ponente, Sieira Migues. La sentencia ha sido dictada por la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo, es decir, por otra Sección distinta de la que normalmente entiende de los asuntos de extranjería, que es la 5.ª En el trabajo de FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: op. cit., pp. 287 y ss., se hace una breve mención a la sentencia en cuestión, (p. 292), sin poner de relieve la contradicción existente con la jurisprudencia que estamos comentando. Por el contrario, tal contra-

contradicción con su propia doctrina, resultando sorprendente que sentencias dictadas en el año 2007, como la ya citada de 27 de septiembre de 2007 (Ar. 7175), consideren aplicable lo dispuesto en el artículo 138.1.b) del RE 2001.

Incluso aunque esta conducta no constituyera infracción administrativa es evidente que tampoco procedería la devolución, por no concurrir los supuestos previstos.

Por otra parte, la Sentencia de 22 de diciembre de 2005 dice que no procede la prohibición de entrada en los casos de devolución, pero con posterioridad a los hechos a los que se refiere tal medida accesoria se ha recogido en el artículo 58.6 de la LOE.

c) El procedimiento para acordar la devolución

La STS de 22 de diciembre de 2005 razona que la devolución debe acordarse previa tramitación de expediente. Es evidente que cualquier acto administrativo definitivo debe dictarse previo un expediente administrativo. Éste puede ser de cierta complejidad o muy simple, bastando con asegurar la audiencia del interesado. En cualquier caso, la sentencia es muy oscura en este punto, porque se limita a recoger una obviedad, que el acto debe ir precedido de un expediente, sin que conste que tal expediente no existiera, sino más bien lo contrario, pues lo que se tramitó fue un procedimiento de expulsión, que ofrece mayores garantías.

IV. LA EXPULSIÓN COMO SANCIÓN

A) La naturaleza sancionadora de la expulsión según la doctrina del Tribunal Supremo

La jurisprudencia comentada continúa con el análisis de la naturaleza de la expulsión. Según ésta, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53, «podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español». De ello deduce el Tribunal Supremo que la expulsión es una medida de naturaleza sancionadora.

B) Los defectos de la regulación de la LOE

Hay que reconocer que el título III de la LOE, sobre «infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador», es sumamente defectuoso: el título regula las infracciones, las sanciones y una serie de medidas que se contemplan como accesorias o complementarias de las sanciones, pero que no tienen naturaleza sancionadora, así como otras medidas que no guar-

dicción y el exceso en que incurre el Tribunal Supremo son puestos de relieve por DÍAZ MORGADO, C.V. («Aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de extranjería durante el año 2007», en *Justicia Administrativa,* 41, octubre de 2008, p. 63), aunque no estamos de acuerdo en que se trate de una laguna legislativa, como razonamos en el texto.

dan relación con el ejercicio de la potestad sancionadora, como la devolución o el retorno, o las obligaciones de los transportistas.

La contemplación de medidas no sancionadoras como accesorias o complementarias de las sanciones da lugar a que sólo se puedan adoptar esas medidas en caso de seguir un procedimiento sancionador, cuando lo lógico es que se pudieran adoptar con carácter independiente. No obstante, se trata de un defecto que es común a muchas de las leyes administrativas, en las que se contemplan medidas reparadoras no con carácter independiente, sino como accesorias de sanciones impuestas, a pesar de que responden a principios distintos.

Realmente ocurre que en el título III de la Ley se regulan aspectos relativos a la lucha contra la inmigración ilegal y en él aparecen dos hilos conductores. Por un lado, el del régimen sancionador[11]. Y por otro lado, el de tratarse de asuntos de la competencia del Ministerio del Interior, siendo éste quizás el más importante.

C) La expulsión como sanción. ¿Qué es lo que caracteriza a las sanciones?

No hay duda de que en la legislación actualmente vigente la expulsión constituye una sanción administrativa, en cuanto que se califica como tal por el ordenamiento jurídico. Tal calificación conlleva importantes consecuencias: así, resulta de aplicación el artículo 25 de la CE, rigen los principios generales de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador, etc.

En principio, la sanción es un acto de contenido desfavorable, distinto de otros desfavorables porque presupone la existencia de una actividad ilícita, calificada como infracción administrativa por el ordenamiento jurídico.

Pero no basta con ello. La privación de derechos en que consiste la sanción tiene una finalidad represiva o de castigo de la infracción, y disuasoria de conductas similares; tiene un contenido no reparador, sino aflictivo, supone un plus, en cuanto que la privación no necesita guardar una relación cuantitativa exacta con el volumen del daño causado[12].

Ello nos lleva a la distinción entre medidas sancionadoras y medidas meramente reparadoras. Es muy clara la descripción que hace Casino[13]: Las sanciones administrativas son siempre, en cualquiera de sus formas, de naturaleza constitutiva y de contenido aflictivo. Instituyen al infractor en una posición jurídica nueva o distinta y, además, desfavorable respecto a la que aquél disfrutaba antes de cometer la infracción. Esa nueva situación consiste, típica y principalmente, en la imposición de una obligación de pago, y/o en la pérdida (total o parcial, definitiva o temporal), de una situación subjetiva favorable constituida por el Derecho administrativo, acordadas en el ejercicio de la correspondiente potestad sancionadora y siempre con un fin punitivo. Por el contrario, las medidas de tipo reparatorio, aun cuando traen causa también de un incumplimiento previo, son simplemente declarativas del régimen jurídico sustantivo de

(11) Así, por ejemplo, incluye asuntos de la competencia de la Inspección de Trabajo (artículo 55.5.2).

(12) SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General,* II, Iustel, Madrid, 2004, p. 381. Según SÁNCHEZ MORON, M.: *Derecho Administrativo, Parte General,* Tecnos, Madrid, 2005, p. 652, lo característico de las sanciones administrativas es su naturaleza represiva de conductas ilícitas y no meramente reparadora o de ejecución.

(13) CASINO RUBIO, M.: «La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía (Comentario a la STS de 2 de febrero de 1998, Ar. 2060)», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica,* 283, 2000, pp. 571-572.

referencia no respetado o incumplido, y su contenido, limitado por eso mismo a restablecer la situación indebidamente alterada, carece de todo contenido aflictivo, sin añadir ni quitar nada a la posición jurídica del infractor. Y son, por ello también, independientes y compatibles, en su caso, con la imposición de la sanción que proceda. El fundamento último de una y otra decisión es, pues, bien distinto: en uno, represor del incumplimiento; en el otro, reparador de éste (*rectius,* de su resultado). En otras palabras, las sanciones administrativas castigan la perturbación infligiendo un mal que no restablece el orden quebrantado por la infracción; las medidas reparatorias la remedian, restituyendo las cosas a su estado anterior.

Por otra parte, hay actos de contenido aflictivo que no se consideran sanciones. Es el caso de la privación de derechos por incumplimiento de la función social de ciertos derechos[14]. Por tanto, no es suficiente el contenido aflictivo. Es necesario, además, otro dato: que la medida en cuestión esté tipificada como tal sanción por el ordenamiento jurídico[15]. Esto puede llevar, sin embargo, a otro problema, el de que no se consideren sanciones medidas que materialmente lo son, lo que podría dar lugar a la infracción del artículo 25.1 de la CE por omisión.

D) Las consecuencias de la distinción entre medidas sancionadoras y medidas reparadoras

La distinción entre un contenido aflictivo y un contenido reparador no plantea ninguna dificultad en los diversos sectores del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en el ámbito tributario, el incumplimiento de la obligación de pagar la deuda tributaria da lugar a que la Administración pueda exigir tal cumplimiento, pero ello no tiene un contenido sancionador, contenido que sí lo tiene la multa impuesta por haber tratado de ocultar la existencia de una obligación tributaria. En el ámbito urbanístico, la obligación de demoler un inmueble construido en suelo que no puede ser urbanizado no tiene carácter sancionador, sino de mera restauración de la legalidad infringida.

Esta distinción entre medidas sancionadoras y reparadoras es la que inspira la previsión del artículo 130.2 de la LRJ: «las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario».

Lo correcto es, pues, distinguir entre medidas de contenido sancionador y medidas de contenido reparador. Y esto es lo que ocurre, por ejemplo, sin salirnos del ámbito que estamos tratando, con el retorno y la devolución.

Por lo que se refiere al retorno, el artículo 60 de la LOE dice que «los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible», lo que se desarrolla en el artículo 156 del RE. La STC 72/2005 afirma que la denegación de entrada en España es una resolución que carece de naturaleza sancionatoria, que se dicta como consecuencia jurídica reglada de la constatación administrativa del

(14) Para el Tribunal Constitucional no son sanciones (SSTC 37/1987, 42/1989, 319/1993).

(15) REBOLLO añade el requisito de que el perjuicio sea precisamente buscado como tal, directa y deliberadamente (Rebollo Puig, M.: «El contenido de las sanciones, en Justicia Administrativa», Lex Nova, número extraordinario, 2001, pp. 153 y ss.). La sanción no trata de realizar directamente los intereses públicos, aunque cumple una importante función preventiva.

incumplimiento de requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en territorio nacional, no concurriendo en ella la «*función represiva, retributiva o de castigo* (SSTC 276/2000, FJ 3; 132/2001, FJ 3) propia de las sanciones». La resolución de denegación de entrada –continúa el Tribunal Constitucional– se limita a constatar la inexistencia de un derecho por falta de sus requisitos y a prohibir en consecuencia su ejercicio, sin que ello suponga suprimir o restringir derechos pertenecientes a su destinatario como consecuencia de un ilícito (STC 48/2003, FJ 9).

Por lo que se refiere a la devolución (artículo 58.2 de la LOE), ya antes hemos hablado de ella, siendo evidente su contenido reparador y no aflictivo. En cambio, esta medida de carácter no sancionador lleva consigo en la actualidad una medida aflictiva evidente, a la que, sin embargo, la Ley no la califica como sanción: la devolución de quienes pretendan entrar ilegalmente en el país lleva consigo la prohibición de entrada en territorio español por el plazo máximo de tres años (artículo 58.6 de la LOE).

V. LA OPCIÓN ENTRE LA MULTA Y LA EXPULSIÓN

A) El criterio del Tribunal Supremo: la preferencia de la multa sobre la expulsión

EL Tribunal Supremo entiende que «el encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53.a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión». Y añade que «no sólo se deduce esto del artículo 53.a), sino también del artículo 63.2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63.2) o puede no proceder (artículo 63.3)», y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53.a), es decir, de la permanencia ilegal».

A continuación, menciona el artículo 115 del ya derogado Reglamento de Extranjería de 2001, para concluir de todo ello que «lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión».

En principio, pues, podría entenderse que se trata de opciones alternativas, pudiendo escoger la Administración una u otra.

Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza la idea de la alternatividad: «En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce del artículo 55.1 y de la propia literalidad del artículo 57.1, a cuyo tenor, y en los casos (entre otros) de permanencia ilegal, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional». Es decir, según el Tribunal Supremo, la multa y la expulsión no constituyen sanciones alternativas, sino que aquélla tiene carácter preferente sobre ésta.

El Tribunal Supremo se encuentra, no obstante, con una dificultad. La jurisprudencia se refiere a supuestos que se plantearon durante la vigencia del Reglamento de extranjería de 2001. Pues bien, el artículo 115 de éste decía que «podrá acordarse la expulsión de territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa».

El Tribunal Supremo expresa sus dudas sobre el posible exceso del Reglamento, aunque las aparta sin entrar en ellas, diciendo que lo esencial es retener que la Administración según los casos puede imponer la sanción de expulsión o la de multa.

Sin embargo, en el párrafo que comentamos, contradiciéndose asimismo sobre la innecesariedad de plantearse la cuestión de la legalidad del artículo 115 del Reglamento de Extranjería de 2001, manifiesta que «en el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa», deduciéndolo de lo dispuesto en los artículos 55.1 y 57.1 de la Ley. Ahora bien, si esto es así, debió plantear la cuestión de ilegalidad, para resolver reflexivamente la cuestión. Sin embargo, omite hacerlo, lo que no deja de sorprender.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo opta por esta interpretación por entender que la expulsión es una sanción más grave y secundaria que la multa.

B) La doctrina del Tribunal Supremo ignora la relación de especialidad de la expulsión con respecto a la multa

Sin embargo, las cosas no son tan claras. La propia interpretación literal no es tan segura. Ciertamente ante una infracción de permanencia irregular en España cabe imponer la sanción de multa o la de expulsión. Ocurre, sin embargo, que tales medidas tienen una naturaleza muy diferente entre sí.

La multa es una sanción pecuniaria, consistente en dar una cantidad de dinero. Se trata de la sanción administrativa por antonomasia[16]. En este sentido, la LOE concibe la multa como una sanción general, aplicable con carácter general a cualquier tipo de persona –española o extranjera– que realice alguna de las conductas tipificadas como infracción administrativa por la citada Ley.

Frente a la multa, la expulsión es una sanción personal, consistente en una obligación de hacer, en concreto la de abandonar el territorio español. Además, la expulsión es una medida específica, para cuya aplicación es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos subjetivos y objetivos.

Subjetivamente, la expulsión sólo es aplicable a determinada clase de personas, los extranjeros que se encuentren en una determinada situación, y no a todos ellos: por ejemplo, no cabe contra los que tienen residencia permanente, salvo determinados supuestos [artículo 57.5.b) de la LOE].

Objetivamente, debe haberse realizado una conducta con respecto a la cual la Ley contemple expresamente la posibilidad de imponer esta sanción.

Sobre esta base, en estos casos no cabe entender que existe una relación de preferencia («sanción principal», frente a la expulsión, que es «secundaria», en la expresión del Tribunal Supremo), sino de especialidad, entre una sanción de carácter general (la multa) y una sanción de carácter especial (la expulsión).

(16) Ello no impide que en nuestro ordenamiento jurídico se contemplen diversas clases de sanciones administrativas que no consisten en multa. Es el caso de las sanciones de separación del servicio o suspensión de funciones, en materia de función pública; o de retirada de armas y de las licencias o permisos correspondientes a ellas, clausura de fábricas, locales o establecimientos, en materia de seguridad ciudadana. Vid. sobre el particular, REBOLLO PUIG, M.: «El contenido de las sanciones», cit., pp. 153 y ss.

Lo que hay es una norma especial (la que contempla la expulsión) frente a la general de la multa. Se trata de una técnica que en el ámbito penal no plantea mayores problemas. Así, según el artículo 8.1 del Código Penal, el precepto especial se aplicará con preferencia al general[17].

La conclusión de todo ello es evidente: la multa no tiene un carácter preferente con respecto a la expulsión. Es más, ni siquiera son sanciones alternativas, sino que la expulsión tiene un carácter preferente sobre la multa. Así lo supo captar con toda precisión el artículo 115 del Reglamento de Extranjería de 2001.

C) Crítica a la doctrina del Tribunal Supremo en lo referente a la gravedad de la expulsión

La jurisprudencia del Tribunal Supremo argumenta que la expulsión es más grave que la multa. En una primera visión acelerada, pudiera parecer que el Tribunal Supremo está diciendo algo muy razonable. Sin embargo, a poco que se profundice, se observa que las cosas no son tan claras.

a) El contenido no aflictivo de la medida de expulsión por la permanencia irregular en España

Más arriba hemos razonado acerca del contenido aflictivo de las sanciones. Hemos visto que lo determinante de una medida sancionadora es ese carácter aflictivo. Por tanto, esta misma naturaleza debería tener la expulsión desde el momento en que se la califica como sanción.

Sin embargo, un examen de la regulación legal muestra que la expulsión como medida prevista en la LOE no siempre tiene las mismas características.

En ciertos supuestos la expulsión tiene un claro contenido aflictivo. Por ejemplo, el artículo 54.1.b) califica como infracción muy grave el «inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino a territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito». En este caso, si, por ejemplo, el extranjero es titular de una autorización de residencia temporal, es evidente que la expulsión constituye una medida aflictiva.

Sin embargo, la cosa varía cuando la sanción de expulsión se impone como consecuencia de la mera permanencia ilegal [artículo 53.a) de la LOE]. En este caso, la expulsión, aunque la Ley la califique de sanción, constituye una mera restauración de la legalidad: si el extranjero se encuentra irregularmente en España, la expulsión se limita a poner fin a esa situación ilegal. Realmente en este caso la expulsión tiene un contenido reparador, no aflictivo, y se considera una sanción simplemente porque la Ley dice que es una sanción, no porque materialmente lo sea[18].

(17) Vid., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte general,* Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, pp. 470 y ss.

(18) Dice la STC 48/2003, FJ 9: «Como señalamos en las SSTC 164/1995, de 13 de noviembre (FJ 3), y 276/2000, de 26 de noviembre (FJ 4), para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material; pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa (en el mismo sentido, ya la STC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2). A lo que ha de añadirse que "hemos negado la existencia de una función retributiva porque las medidas impugnadas tenían la finalidad de constreñir a la 'realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta' (STC 239/1988, FJ

Hay un tercer supuesto, el contemplado en el artículo 57.2 de la LOE, en el que incluso cabe entender que la expulsión carece de contenido sancionador, siendo una mera consecuencia accesoria de una condena penal.

Por el contrario, sí tiene un contenido aflictivo la prohibición de entrada en España por un periodo entre tres y diez años (artículo 58.1 de la LOE). Esta prohibición de entrada se extiende a todos los países en los que el convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen despliega su eficacia[19]. Pero curiosamente la Ley no califica esta medida como sancionadora, por lo que, de seguir el argumento del Tribunal Supremo utilizado con respecto a la medida de expulsión en la Ley de 1985, habría que entender que es una mera consecuencia accesoria de la sanción, carente de contenido sancionador en sí mismo.

La diferente naturaleza aflictiva o reparatoria de la expulsión, según los casos, es fundamental en el tema que tratamos. Si la expulsión en el caso de la permanencia irregular [artículo 53.a) de la LOE] tiene un contenido meramente reparador, es evidente que no puede sostenerse que se trata de una «sanción más grave y secundaria» que la multa.

En definitiva, el Tribunal Supremo no ha tenido en cuenta este dato fundamental, y de ahí también el error en que incurre al mencionar lo dispuesto en el artículo 63 de la LOE. Es cierto que la Ley expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63.2) o puede no proceder (artículo 63.3), pero lo dice porque la expulsión puede tener tanto un contenido realmente aflictivo como meramente reparador. Es evidente que la oportunidad o improcedencia de la decisión de expulsar a una persona extranjera no es igual en un supuesto de mera permanencia ilegal que en un supuesto en el que el extranjero se encontraba en España en virtud de un título habilitante.

b) La menor gravedad de la expulsión en supuestos concretos

Por otra parte, la idea de una mayor gravedad de la expulsión es manifiestamente inexacta en determinados casos.

Así, con motivo de la regularización del año 2005, la obtención de una autorización de residencia al amparo del proceso de normalización regulado en la disposición transitoria 3.ª del RE,

2), perseguían la ' simple aplicación' del ' ordenamiento por parte de la Administración competente' (STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 4), o, en fin, tenían como único objetivo ' restablecer la legalidad conculcada' (STC 119/1991, FJ 3). No basta, pues, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad. Es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho. El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien, con su infracción, quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado. El carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente"». REBOLLO insiste en que la sanción no debe servir para restablecer la realidad física alterada o los bienes lesionados por la infracción, porque el régimen particularmente garantista de las sanciones es por completo inadecuado, pues supondría crear obstáculos injustificados para la realización de los intereses generales (culpabilidad, tipicidad, procedimiento sancionador), criticando al legislador que actúa de esta forma (op. cit., pp. 156 y ss. y 162).

(19) Artículo 96.3 del convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen; artículo 24 del Reglamento (CE) 1987/06, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II); y artículo 5.1.d) del Código de fronteras Schengen (Reglamento CE 562/06 de 15 de marzo).

«determinará el archivo de los expedientes de expulsión pendientes de resolución, así como la revocación de oficio de las órdenes de expulsión que hayan recaído sobre el extranjero titular de la autorización, cuando el expediente o la orden de expulsión correspondiente esté basada en las causas previstas en el artículo 53.a) y b) de la Ley orgánica 4/2000». Lo cual no se extiende a las resoluciones por las que se impusieron multas.

Asimismo, cuando el extranjero ya no quiere continuar en España y desea abandonar voluntariamente el país, cabe sustituir la expulsión por la salida obligatoria. A ello se refiere el artículo 141.8 del RE, para cuya aplicación se exigen, no obstante, ciertos requisitos.

Otro caso es el del extranjero en situación irregular que adquiere el derecho a permanecer en España por ministerio de la ley (es el caso de rumanos y búlgaros con motivo de la entrada de esos países en la Unión Europea) o por la aparición de nuevas circunstancias, como puede ser la adquisición de la condición de familiar de un ciudadano comunitario (artículo 2 del Real Decreto 240/2007).

En cualquier caso, en los supuestos de permanencia ilegal del extranjero en España, la imposición de la sanción de multa en lugar de la de expulsión no significa que el extranjero deje de encontrarse en situación irregular, ni convierte tal situación en regular. Es decir, el extranjero sancionado con multa está obligado a abandonar el territorio español. Por tanto, la sanción de multa en este caso sí tiene un contenido aflictivo, que no tiene, en cambio, la sanción de expulsión, que se limita a restaurar la legalidad infringida. La prueba más evidente de ello es que el hecho de que se imponga una multa no impide que pocos días después pueda abrirse un nuevo expediente sancionador por permanencia irregular en España, precisamente por tratarse de una infracción de naturaleza permanente.

D) Crítica a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el carácter de la multa como sanción principal

Según el Tribunal Supremo, como hemos visto, «en el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa». Sin embargo, la lectura de la Ley lleva precisamente a la conclusión contraria.

Así, el artículo 63 contempla «la tramitación de los expedientes de expulsión», que tienen carácter preferente en varios supuestos, en particular el del artículo 53.a). Pues bien, el artículo 63.2 contempla el supuesto de «cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión». Es claro que la mera opción por este procedimiento preferente supone una actuación reflexiva por parte de la Administración, y en este sentido hay que entender que la expulsión tiene carácter principal. El procedimiento no se abre para imponer cualquier clase de sanción, sino porque hay indicios para entender que procede la sanción de expulsión. No es lógico pensar que la Ley faculta a la Administración para iniciar un expediente de expulsión y considerar que ésta no es la medida principal a adoptar.

Lo mismo cabe deducir del artículo 59, sobre colaboración contra redes organizadas: se contempla precisamente que los extranjeros que colaboren puedan quedar exentos de responsabilidad administrativa y no ser expulsados, para lo cual los órganos instructores «harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver» (artículo 59.2). Si se contempla la no expulsión como una excepción a la regla general, hay que entender que la expulsión constituye la regla general.

Idéntica deducción resulta del artículo 61, que contempla la incoación de un procedimiento sancionador en el que pueda imponerse la expulsión. En tal caso, el instructor puede adoptar una serie de medidas cautelares, entre ellas la presentación periódica ante las autoridades correspondientes, la retirada del pasaporte, etc. Lo mismo resulta del 62, que contempla la posibilidad de ingreso en centro de internamiento.

Es decir, desde el momento en que se inicia un procedimiento sancionador preferente se encuentra ya predeterminada su finalidad dirigida a examinar si procede la expulsión, por lo que ya de por sí hay una motivación implícita, pues de lo contrario no se habría optado por ese procedimiento, o se hubiera pasado del procedimiento preferente al ordinario.

E) La doctrina del Tribunal Supremo ignora la legislación comunitaria y al acervo Schengen

La opinión del Tribunal Supremo acerca del carácter secundario de la expulsión tampoco es defendible a la vista de la legislación comunitaria. Una interpretación sistemática que tenga en cuenta tal legislación comunitaria y los convenios internacionales aboga por la preferencia de la expulsión.

En primer lugar, España se encuentra incluida en el espacio Schengen, en el que hay plena libertad de circulación sin que existan fronteras interiores, por lo que las decisiones, actuaciones o inactividad de un Estado indudablemente repercuten en los demás. Por ello, en defensa del principio de solidaridad con los demás Estados de la Unión, la supresión de las fronteras interiores obliga a los Estados a comprometerse a cooperar, entre otras cosas, «contra la entrada y la estancia irregulares de personas».

Por otra parte, a partir de la aprobación del Tratado de Ámsterdam se establece la competencia comunitaria en materia de inmigración y asilo. Consecuentemente, el artículo 63.3 del Tratado de la Comunidad Europea contempla la adopción de diversas medidas por el Consejo sobre política de inmigración, en particular sobre «la inmigración y la residencia ilegales, *incluida la repatriación de residentes ilegales*» [letra b)].

Poco después de su entrada en vigor, el Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) acordó la definición de una política común de inmigración, y la contención y reducción de la inmigración ilegal se ha convertido en una prioridad política europea.

La idea básica en la materia es que debe existir una regulación y un control efectivo de los flujos migratorios. Para ello es necesario desarrollar una serie de políticas, entre las cuales se encuentra la de la lucha contra la inmigración ilegal o clandestina. Y uno de los instrumentos para esa lucha es el de la política de retornos.

Todo ello se ha ido desarrollando a partir de entonces de manera ininterrumpida. Así, la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, contempla la expulsión en una serie de supuestos, entre ellos el del nacional de un tercer país por el incumplimiento de las normas sobre entrada o residencia de extranjeros (artículo 3).

Posteriormente, en el Consejo Europeo de Laeken, en diciembre de 2001, se invitó al Consejo a presentar un plan de acción global de lucha contra la inmigración clandestina, basado en la

Comunicación de la Comisión de noviembre de 2001 (punto 40 de las conclusiones). El plan de acción global se adoptó el 28 de febrero de 2002.

También es muy relevante el Libro verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, presentado por la Comisión el 10 de abril de 2002. En principio –se dice en el Libro– los nacionales de terceros países que no dispongan de un estatus que los permita quedarse deben abandonar la Unión Europea. Y lo justifica diciendo «esto es importante para garantizar que no se socave la política de admisión y se respete el Estado de Derecho, que es un elemento esencial de un espacio de libertad, seguridad y justicia». Asimismo, pone de relieve que «el retorno forzoso de residentes ilegales puede tener un efecto disuasorio tanto para los residentes ilegales en los Estados miembros como para los emigrantes ilegales potenciales fuera de la Unión Europea».

El desarrollo de estas políticas ha continuado posteriormente, con objeto de luchar contra la inmigración ilegal, siendo uno de los instrumentos fundamentales la repatriación de los residentes ilegales[20].

Y en la misma línea se mueve la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al procedimiento y normas comunes para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (DOUE L-348 de 24 de diciembre de 2008). Según su artículo 6.1, los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de una serie de excepciones que se contemplan en los apartados

(20) El Consejo Europeo de Sevilla de 21 y 22 de junio de 2002 insistía en la necesidad de luchar contra la inmigración ilegal, contemplando una serie de medidas para ello: entre las prioritarias se encontraba la aprobación de un programa de repatriaciones. La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales (COM 2002, 564 final, 14 de octubre de 2002) insiste en que «la eficacia de la acción comunitaria en materia de repatriación de los residentes ilegales es, por tanto, un elemento esencial para la credibilidad de toda la política de lucha contra la inmigración ilegal». La Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo con vistas al Consejo europeo de Tesalónica relativa al desarrollo de una política común en materia de inmigración ilegal, trata de seres humanos, fronteras exteriores y retorno de residentes ilegales (COM 323, punto 2.3) recalca que «la credibilidad e integridad de las políticas en materia de inmigración ilegal y asilo corren peligro si éstas no van acompañadas de una política comunitaria en materia de retorno de los residentes ilegales», añadiendo que «cabe preguntarse sobre la utilidad real de los esfuerzos desplegados para luchar contra la inmigración ilegal cuando vemos que aquellos que logran superar estas medidas consiguen en definitiva permanecer como residentes ilegales», concluyendo que «no debemos subestimar el carácter de señal que representa el fracaso de una política en materia de retorno de los residentes ilegales». El Consejo Europeo de Salónica de 18 y 19 de junio de 2003 establece, entre los objetivos de la Unión Europea, el desarrollo de una política común en materia de inmigración ilegal, fronteras exteriores, repatriación de inmigrantes ilegales y cooperación con terceros países. Según la Comunicación de la Comisión (2003, 336, punto 3.6), en el contexto de la política de inmigración común, el único planteamiento coherente para tratar el problema de los residentes ilegales es asegurarse que regresan a su país de origen. El Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004 reclamó que se estableciera una política eficaz de expulsión y repatriación basada en normas comunes (vid. Diario Oficial, serie C, 53, de 3 de marzo de 2005, punto 1.6.4). El 4 de mayo de 2005 el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó «Veinte directrices sobre el retorno forzoso» (CM 2005, 40). La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo –COM (2006), 735 final– de 30 de noviembre de 2006, dice que el retorno y la readmisión seguirán siendo parte fundamental de la gestión de las migraciones. La Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones –COM (2008), 359– de 17 de junio de 2008, repitiendo lo que reiteradamente ha expuesto en anteriores documentos, establece como uno de los principios básicos –principios comunes sobre los que debe aplicarse la política común de inmigración– el de políticas de retorno efectivas, añadiendo que son un componente imprescindible en la política de la Unión Europea en materia de inmigración clandestina. Sobre los Consejos europeos y la política de inmigración, vid. TERRADER SALOM, D.: «La evolución de la política comunitaria en materia de inmigración a través de los Consejos europeos», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* 16, noviembre de 2007, pp. 73 y ss.

siguientes de ese artículo. Por tanto, la decisión de retorno constituye la regla general, y no la excepción. Es decir, se trata de la medida principal, y no secundaria[21].

Todas estas normas y principios forman parte del ordenamiento jurídico español. A la vista de todo lo anterior, el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación *contra legem* del artículo 53.a) de la LOE.

VI. LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LA OPCIÓN POR LA EXPULSIÓN Y SU CONEXIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

A) El criterio del Tribunal Supremo: la obligación de motivar la opción por la expulsión

a) La doctrina del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo continúa su razonamiento con lo que se puede considerar uno de sus puntos principales: «En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente con multa».

Es decir, para el Tribunal Supremo no constituye motivación suficiente el invocar la situación de permanencia ilegal del ciudadano extranjero, sino que debe añadirse una motivación específica.

A ello añade el Tribunal Supremo otro razonamiento complementario: «Según lo que dispone el artículo 55.3 (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión) la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de grado o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa»[22].

Pero a continuación realiza las siguientes consideraciones:

> «Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esta motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.
>
> En efecto,
>
> A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanecía ilegal, sin otros hechos negativos, la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal en principio se sanciona con multa.

(21) Por cierto, a la vista de la terminología de esta Directiva y de la confusión del concepto de expulsión (que unas veces alude a la resolución que la impone y otras a su ejecución), quizás sería conveniente la sustitución de este término por aquél.

(22) Aunque el Tribunal Supremo se remite al artículo 55.3 de la LOE, introduce ligeras variaciones. Según dicho precepto, para la graduación de las sanciones el órgano competente en imponerlas se ajustará 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. Cabe observar que este precepto parece entender que el criterio de proporcionalidad es un criterio general, que obliga a valorar la culpabilidad y los resultados producidos (daño o riesgo). Por el contrario, el Tribunal Supremo parece tratar como aspectos diferentes la proporcionalidad, la culpabilidad y el daño o riesgo.

> B) Pero en los supuestos en que 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 estancia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora».

Al actuar, la Administración lo hace en función de la valoración que realiza de los elementos concurrentes (supuesto de hecho, medios, fines, intereses públicos y privados en juego). La motivación consiste en la explicitación de esa valoración, bien de forma expresa, bien implícitamente deducida del contenido de su actuación.

b) Crítica a la doctrina del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo entiende que la multa es la sanción de carácter preferente. Sin embargo, hemos razonado que esto no es así. La expulsión ni es más grave que la multa ni tiene carácter secundario. Por lo tanto, no sería precisa una especial motivación de la expulsión cuando la infracción es la prevista en el artículo 53.a) de la LOE. Si las premisas de las que parte el Tribunal Supremo no son ciertas, la conclusión a la que llega tampoco lo es. Desde esta perspectiva, el artículo 115 del Reglamento de Extranjería de 2001 se ajustaba plenamente a Derecho.

Por otro lado, la doctrina del Tribunal Supremo sobre la motivación se limita exclusivamente a aquellos supuestos en los que falta totalmente tal motivación, limitándose la resolución administrativa recurrida a aludir a la situación ilegal del ciudadano extranjero. De hecho, parece que todos los asuntos que han llegado al Tribunal Supremo son supuestos en los que no se había motivado la opción por la expulsión. En su razonamiento general el Tribunal Supremo admite que puede imponerse una sanción de expulsión por mera estancia ilegal (letra A): basta con que se motive expresamente la opción por la expulsión. Cabe, pues, un criterio de tolerancia cero por parte de la Administración con respecto a la permanencia irregular de los extranjeros, y según el Tribunal Supremo ello sería ajustado a Derecho, siempre que se motivara en tal sentido.

Para los casos de ausencia total de motivación de la expulsión en la propia resolución administrativa recurrida, el Tribunal Supremo hace una matización importante. En principio –dice el Tribunal Supremo–, es necesaria la motivación expresa de la opción por la expulsión. Pero admite una excepción: en los supuestos en los 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, justifique la expulsión, no dejará de estar ésta motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora. Es decir, para el Tribunal Supremo la motivación puede derivarse de los propios datos obrantes en el expediente administrativo.

c) La tramitación de los procedimientos preferentes y su trascendencia con respecto a la necesidad de motivar la expulsión

Indudablemente esta doctrina se basa en la interpretación restrictiva de la fuerza invalidante del vicio de falta de motivación, limitada a los supuestos en que se ha producido una indefensión material en el interesado[23]. Lo cual significa que el Tribunal Supremo no considera nece-

(23) Es importante distinguir dos aspectos. Una cosa es la motivación del acto, en el sentido de que el interesado pueda conocer los hechos y fundamentos de Derecho en los que se basa la decisión, para que pueda ser *combatido adecuadamente*. Y otra cosa diferente es que, ante la posibilidad de optar por varias medidas, la Administración deba justificar

sario que la Administración motive expresamente la expulsión cuando la procedencia de ésta se deduzca del propio expediente. Desde esta perspectiva la falta de motivación específica no causa indefensión, pero con su exigencia se pretende evitar la arbitrariedad.

Ahora bien, desde este punto de vista, no cabría hablar de indefensión cuando en el acuerdo de iniciación se ha indicado que los hechos que pueden ser constitutivos de infracción pueden dar lugar a la imposición de la sanción de expulsión. Por tanto, en todos aquellos casos en que se tramita un procedimiento preferente no cabe alegar la existencia de indefensión en caso de falta de una motivación expresa acerca de la procedencia de la expulsión, al menos como defecto formal. Precisamente, al iniciarse el procedimiento de expulsión se opta expresamente por esta modalidad de procedimiento porque «de las investigaciones se deduce la oportunidad de decidir la expulsión» (artículo 131.1 del RE), y el interesado puede formular alegaciones al respecto, es decir, sobre si procede o no procede la expulsión (artículo 63.2 de la LOE). Es más, por ello mismo se le reconoce el derecho a la asistencia letrada que le será proporcionada de oficio, así como, en su caso, el derecho a ser asistido por intérprete (artículo 22.1 de la LOE y 131.2 del RE). Si posteriormente hay una propuesta de resolución consistente en la imposición de la sanción de expulsión, no cabe decir en contra que no existe una actividad reflexiva por parte de la Administración.

Por ello, cabe concluir que si todo el procedimiento va dirigido a determinar si procede la expulsión, y concurre el supuesto de hecho previsto en la norma, lo que hay que motivar es, precisamente, la opción por la multa.

B) Los argumentos del Tribunal Supremo desde el punto de vista de la proporcionalidad de la expulsión

a) La proporcionalidad de la medida de expulsión

La necesidad de motivar la expulsión nos lleva, a su vez, a analizar la expulsión por permanencia ilegal desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad hace referencia a la adecuación entre la infracción y la sanción. Más concretamente, a la adecuación de la sanción a los hechos, de manera que el principio de proporcionalidad sirve para funcionalizar el *quantum* de la sanción en congruencia con los hechos, motivos y circunstancias determinantes de aquélla[24]. Se vincula así el finalismo del acto sancionador con la causa y los presupuestos de hecho que lo determinan. El principio de proporcionalidad contempla de forma triangular los diversos elementos de la norma habilitante: el presupuesto de hecho o situación, los medios que la norma posibilita y el fin[25].

concretamente por qué opta por una de ellas. Es evidente que un vicio en la primera causa indefensión en cuanto se priva al interesado de los elementos esenciales para conocer los fundamentos.

(24) LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo,* Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, p. 26. Sobre el principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, vid. IZQUIERDO CARRASCO, M.: «La determinación de la sanción administrativa», *en Justicia administrativa,* Lex Nova, 2001, número extraordinario, p. 255. Según la STS de 6 de junio de 2007 (Ar. 3369), el principio de proporcionalidad tiende a adecuar la sanción a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción, tanto en su vertiente de antijuridicidad como de culpabilidad, ponderando en su conjunto las circunstancias objetivas y subjetivas que integran el presupuesto de hecho sancionable.

(25) LÓPEZ GONZÁLEZ: op. cit., p. 114.

Pues bien, frente a lo razonado por el Tribunal Supremo, la aplicación del principio de proporcionalidad impone la preferencia de la expulsión sobre la multa. La actuación administrativa que impone la expulsión es la más adecuada a los fines que persigue la norma.

Parece evidente que la medida de expulsión es la más proporcionada a los hechos producidos. Si el extranjero se encuentra en situación irregular en España, lo más proporcionado y coherente es que se adopte una medida que ponga fin a esa situación de irregularidad, y tal medida no lo es evidentemente la multa, sino la expulsión. Hay que insistir en que la expulsión en este caso [el del artículo 53.a) de la LOE] no tiene un contenido aflictivo, sino reparador.

Además, la infracción consiste en la permanencia irregular en España, es decir, se trata de una infracción «permanente», por lo que la multa en sí es insuficiente si no se acompaña de medidas dirigidas a poner fin a la situación irregular.

Desde la perspectiva del artículo 55.3 de la LOE la expulsión es una medida proporcionada, sobre todo cuando el interesado sigue permaneciendo en España, pues ello revela una conducta dirigida precisamente a la infracción de la norma.

Hay que resaltar que el bien jurídicamente protegido con el régimen sancionador en la materia es el de la regularidad de los flujos migratorios, es decir, que permanezcan en España sólo los que tienen derecho a ello. Y en este sentido la expulsión es la medida más adecuada para obtener ese fin o, lo que es lo mismo, la más proporcionada.

Precisamente la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2000 se hacía eco de este aspecto: «partiendo de que en un Estado de Derecho es necesario establecer los instrumentos que permitan hacer efectivo el cumplimiento de las normas, en este caso, de aquellas que rigen la entrada y permanencia en territorio español, se ha introducido como infracción sancionable con expulsión la permanencia de forma ilegal en el territorio español, pretendiéndose, con ello, incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal».

La multa, por otra parte, carece de fuerza disuasoria y ejemplificadora, que es uno de los fines del ejercicio de la potestad sancionadora. Ello se debe a la muy baja o nula capacidad económica del infractor, bien porque carece de medios, bien porque encontrándose en situación irregular sus recursos económicos son opacos a las autoridades[26].

En este sentido, el artículo 55.4 de la LOE dice que para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá esencialmente en cuenta la capacidad económica del infractor. Éste es un criterio que puede entenderse desde dos puntos de vista. Por un lado, la cuantía de la sanción económica debe ser menor para aquellas personas que tienen poca capacidad económica, que para quienes tienen mayor capacidad económica. Pero esto también tiene otra perspectiva. Si una persona carece totalmente de capacidad económica, carece de todo sentido que se le imponga una sanción de naturaleza económica. Una sanción económica que se sabe no se va a poder cumplir por carencia de medios económicos no deja de ser una actuación absurda, y desde luego no sirve para nada para la protección de los intereses públicos a los que se dirige.

(26) CALVO ROJAS, E.: «El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares», en *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería,* Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001, p. 191.

Precisamente relacionado con el principio de proporcionalidad está el de efectividad de las sanciones[27].

El principio de proporcionalidad, pues, empuja a entender que la medida más proporcionada en estos casos es la de expulsión.

Por otra parte, no cabe invocar, en el ejercicio de la potestad sancionadora, el principio del *favor libertatis,* según el cual hay que escoger la medida menos gravosa de entre las posibles[28]. En cualquier caso, dado que la expulsión que estamos examinando no tiene carácter aflictivo, sino reparador, no puede decirse que los límites de la libertad vayan más allá de lo que exige el bien jurídicamente protegido, que es, como antes se ha indicado, el de la regularidad de los flujos migratorios.

b) El principio de proporcionalidad y su regulación en el artículo 131 de la LRJ

Los anteriores argumentos están además en consonancia con los criterios generales de la LRJ. El artículo 131.3 de la LRJ dice que en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones, se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados, la reincidencia por comisión en el término de un año, de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así se haya declarado por resolución firme.

Estos criterios confirman la procedencia de la expulsión con carácter principal. Existe una adecuación y coherencia evidente entre la infracción (situación irregular del extranjero) y la sanción de expulsión, mucho mayor que la de multa. Y por lo que se refiere a los otros criterios, cabe realizar las siguientes observaciones:

En primer lugar, la permanencia irregular no constituye una conducta instantánea, sino permanente en el tiempo, de tal manera que la situación del extranjero es irregular. La infracción contemplada en el artículo 53.a) de la LOE es una infracción permanente, ya que se mantiene la situación ilícita en virtud de una voluntad duradera[29]. Así las cosas, la permanencia supone un plus con respecto a la reiteración, que supone la realización de actos sucesivos. De hecho, la permanencia irregular tras la imposición de la sanción, sin abandonar el territorio español, supone una continuación de la acción infractora.

(27) Este principio, por ejemplo, aparece recogido en el artículo 26 de la 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: «los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de la presente Directiva y *tomarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación.* Las sanciones previstas deberán ser efectivas y proporcionadas».

(28) REBOLLO PUIG, M.: *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública,* MAP. Madrid, 1989, p. 744. Como dice este autor, «obligaría en este campo a imponer siempre la sanción mínima convirtiendo en inútil el margen diseñado legalmente; llevado a sus últimas consecuencias obligaría a no imponer sanción, porque ésta nunca es necesaria para evitar la perturbación».

(29) Vid. NIETO, A.: *Derecho Administrativo Sancionador,* Madrid, 2005, p. 529, R. 79745 y 78912: para este autor, la infracción permanente se caracteriza porque una infracción u omisión única crea una situación atípica cuyo efectos permanecen hasta que el autor cambia de conducta.

Los perjuicios causados guardan relación con los intereses públicos que protege la legislación de extranjería, que son los de una adecuada gestión y control de los flujos migratorios. Con ello se pretende proteger diversos intereses públicos: la protección del empleo y la economía nacionales[30], la seguridad pública, y otros diversos (por ejemplo, la opción por la inmigración de personas de determinados países o con ciertas cualidades específicas). Una política de extranjería privada o dificultada en sus potestades de poner fin a situaciones irregulares evidentemente causa perjuicios a los intereses públicos. No hay que olvidar la función preventiva que cumplen las sanciones, máxime cuando aquí ni siquiera existe un contenido represivo estricto, sino reparador.

Por otra parte, dice el artículo 131 de la LRJ que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. En el caso que estamos tratando, la imposición de una sanción pecuniaria no pone fin a la situación irregular del extranjero, sino que tal situación irregular permanece. Desde esta perspectiva, una interpretación de la LOE que prime la imposición de sanciones pecuniarias estaría dando lugar a este efecto nocivo. Es cierto que el artículo 131 parece un mandato dirigido al legislador, pero también es cierto que constituye un criterio interpretativo de las normas que indudablemente debe ser tenido en cuenta por todos los operadores jurídicos.

c) El principio de razonabilidad

Cabe distinguir entre los principios de proporcionalidad y razonabilidad[31].

La expulsión, en este sentido, es una medida más razonable que la multa. Esta afirmación resulta más evidente si se analiza la consecuencia de la no imposición de la sanción de expulsión: no expulsar a quien se encuentra irregularmente en España, bien porque entró en España regularmente pero no salió cuando tuvo que hacerlo, bien porque entró ilegalmente, supone:

- Dar un mejor trato a quien incumple el ordenamiento jurídico que a quien trata de entrar con todos los requisitos legales. Es decir, supone un incentivo para el incumplimiento de las normas, como, por lo demás, han puesto de relieve los diversos documentos de la Unión Europea a los que antes se ha hecho referencia.
- Por ello mismo, es discriminatorio con respecto a quienes tratan de cumplir el ordenamiento.
- Ello produce un importante efecto llamada: si una vez dentro de España las posibilidades de expulsión son mínimas, ello constituye un aliciente evidente para introducirse y permanecer en España de cualquier forma.
- El permanecer en España supone, en la mayor parte de los casos, entrar en los circuitos de la economía sumergida. La permanencia en España en situación irregular exige la consecución de medios para hacer frente a las necesidades vitales. Y si el interesado carece de un apoyo familiar, tal situación le empujará o al trabajo en la economía sumergida o a la delincuencia o a la marginalidad. Y si pasa a integrarse en la economía sumergida, ello supone a su vez

(30) MONTOYA MELGAR, A.: «El empleo ilegal de inmigrantes», *Cuadernos Civitas,* Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 14.

(31) LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: op.cit., p. 116.

consecuencias perjudiciales (bajos salarios, indefensión real del extranjero, competencia desleal de las empresas que contratan trabajadores ilegales, etcétera)[32].

– Supone dar entrada a la fuerza normativa de lo fáctico en el sector y a fomentar un política de hechos consumados[33].

C) Datos que se consideran negativos

En cualquier caso, se plantea la cuestión de cuáles son esos datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias que, según el Tribunal Supremo, justifican la expulsión aunque no se motive expresamente tal opción, y aquí hay múltiples criterios derivados de la casuística contemplada en las sentencias del Alto Tribunal.

En general, la falta de documentación del interesado se considera un dato negativo suficiente. El Tribunal Supremo considera como dato relevante el hecho de que el interesado se encuentre indocumentado, porque impide su identificación y filiación; y asimismo se desconoce cuándo y por dónde entró en España (SSTS de 21 de abril de 2006, 30 de junio de 2006, 31 de octubre de 2006, 28 de febrero de 2007, 29 de marzo de 2007, 12 de abril de 2007, 20 de abril de 2007, 14 de junio de 2007, 5 de julio de 2007, 28 de septiembre de 2007, 23 de octubre de 2007, 26 de diciembre de 2007 y 31 de enero de 2008).

Se considera también dato negativo la existencia de antecedentes policiales (SSTS de 9 de diciembre de 2005, 14 de diciembre de 2005, 22 de diciembre de 2005 y 19 de mayo de 2006); el estar reclamado judicialmente (STS de 9 de diciembre de 2005); la existencia de diligencias penales (STS de 19 de diciembre de 2006); la utilización de un documento a nombre de un tercero (SSTS de 14 de diciembre de 2005, 31 de enero de 2006 y 25 de octubre de 2007); la existencia de una orden de salida incumplida (SSTS de 22 de febrero de 2007 y 25 de octubre de 2007); o la existencia de una prohibición de entrada en Territorio Schengen (STS de 4 de octubre de 2007).

El Tribunal Supremo, sin embargo, no argumenta en ningún caso sobre un evidente dato negativo que indudablemente concurre en muchos de los supuestos que examina. En concreto, el relativo a la no acreditación de medios de vida por parte del interesado. Se trata de un evidente dato negativo. La ausencia de análisis de este dato tan relevante destaca porque, mientras estuvo en vigor la Ley de 1985, uno de los supuestos más repetidos de expulsión era el de la no acreditación de medios de vida, fueran lícitos o ilícitos [artículo 26.1.f)].

D) Datos que no son suficientes para justificar la expulsión en caso de que ésta no se encuentre expresamente motivada

a) Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Son numerosas las sentencias en las que el Tribunal Supremo ha entendido que «no hay en el expediente administrativo ningún otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta per-

(32) Vid. sobre ello la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo (COM 336, punto 3.6).

(33) La práctica de las regularizaciones, sean de carácter individual (autorizaciones de residencia por arraigo) o masivas, realmente suponen el reconocimiento del fracaso de una política de adecuada regulación de los flujos migratorios, ya que en definitiva se impone la fuerza de los hechos sobre las intenciones de los poderes públicos; y, en definitiva, sobre la fuerza vinculante del ordenamiento jurídico.

manencia ilegal del interesado», especialmente cuando el interesado se encuentra documentado (SSTS de 22 de diciembre de 2005, 27 de enero de 2006, 31 de enero de 2006, 10 de febrero de 2006, 18 de enero de 2007, 25 de enero de 2007, 9 de febrero de 2007, 28 de febrero de 2007, 29 de marzo de 2007, 19 de abril de 2007, 28 de junio de 2007, 19 de julio de 2007, 31 de octurbre de 2007, 23 de noviembre de 2007, 19 de diciembre de 2007, 20 de diciembre de 2007, 9 de enero de 2008, 24 de junio de 2008 y 28 de noviembre de 2008).

La STS de 12 de abril de 2007 incluso entiende que no hay en el expediente razones para la expulsión cuando al tiempo de la detención estaba indocumentado, pero luego «se hizo constar en el propio expediente su número de carta de identidad marroquí», olvidando así que tal documento es insuficiente: primero, porque es el pasaporte o documento de viaje el que revela la identidad (artículo 103 del RE); segundo, porque ni siquiera aporta la carta, sino el número; y tercero, porque no se sabe cuándo y por dónde entró en España.

En igual sentido, la STS de 27 de septiembre de 2007 (Ar. 7183) considera que no hay en el expediente razones para la expulsión, a pesar de que el interesado no aportó el original del pasaporte, sino sólo una fotocopia, añadiendo que como anteriormente se le había retirado la carta de identidad senegalesa, se disponía de documentación acreditativa de la identidad.

Tal afirmación la mantiene incluso cuando se alega (es decir, que ni siquiera exige prueba) que se tienen familiares en España (STS de 22 de diciembre de 2005).

El hecho de haber solicitado una cédula de inscripción –que había sido denegada– se considera suficiente para entender que no procede la expulsión, porque se trataba de «una persona que había intentado de buena fe comenzar a procurar el cambio de su situación en España»(STS de 10 de febrero de 2006). Como se observa, se pone el acento no en la denegación, que hubiera sido lo lógico, sino en la solicitud.

La STS de 28 de septiembre de 2007 (Ar. 7193) considera que no hay en el expediente razones para la expulsión, ya que el interesado portaba pasaporte y había obtenido en su día tarjeta de residencia, aunque ésta estaba caducada al tiempo de los hechos. Lo que equivale a decir que dejar caducar dicha tarjeta no es un dato negativo suficiente para justificar la expulsión.

En otros casos, el Tribunal Supremo ha sido especialmente flexible. Así, la STS de 9 de marzo de 2007 considera que no hay en el expediente administrativo otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta permanencia ilegal y la *realización de una actividad profesional sin las autorizaciones administrativas pertinentes* (se trataba de la actividad de alterne). La sentencia añade que se trata de una actividad lícita como medio de vida. Pero ello supone olvidar que el 53.b) de la LOE considera como infracción la realización de actividades sin autorización, pudiendo ser impuesta en tal caso la sanción de expulsión (artículo 57.1).

En igual sentido, la STS de 19 de julio de 2007 (Ar. 6890) considera que no hay en el expediente razones para la expulsión. La interesada había sido detenida en un club de alterne, pero en el expediente –dice el Tribunal Supremo– no se especificaba si estaba allí de forma ocasional o desarrollando alguna clase de actividad propia de esta clase de locales, ni si en tal supuesto la actividad era de dedicación a la prostitución o de simple alterne. El Tribunal añade que el alterne es una actividad lícita como medio de vida, «dicho sea esto en el hipotético caso de que la detenida se estuviera dedicando a tal labor, cosa que no se ha dicho por la Administración en ningún momento».

b) En particular, la existencia de diligencias policiales y penales

Existe una línea jurisprudencial que entiende que la existencia de diligencias policiales y penales no constituye un dato negativo suficiente.

Especial comentario procede hacer con respecto a la STS de 29 de septiembre de 2006 (Ar. 6461), que es la primera sentencia que se enfrenta a la cuestión y produce la citada doctrina. En el expediente constaba una detención policial y la tramitación de dos causas penales. Según el Tribunal Supremo no existe en el expediente administrativo ningún otro dato sobre la suerte que corrieron esas actuaciones policiales y judiciales. No sabemos, en consecuencia –dice el Tribunal–, cuál fue su resultado final, pudiendo ocurrir que éste haya sido inocuo, bien porque los antecedentes policiales no hayan desembocado en actuaciones judiciales, bien porque éstas hayan terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidos en cuenta como justificación de la elección de la expulsión, al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado. Si la Administración sancionadora –continúa la sentencia– quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa), ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos. Y añade que «en la medida en que esta decisión la contraríe, entiéndase rectificada o matizada la doctrina que expusimos, respecto de los antecedentes policiales o judiciales, en nuestra Sentencia 31 de enero de 2006, Ar. 2709».

Creo que se trata de una doctrina gravemente errónea, porque la Administración no funda la expulsión en esas diligencias, sino en la permanencia ilegal. No cabe entender, pues, que se está infringiendo la presunción de inocencia, por la sencilla razón de que la expulsión se acuerda por la mera permanencia ilegal, no por la existencia de diligencias policiales o penales.

Por otra parte, en la práctica lleva a efectos perturbadores. En efecto, la vía penal suele ser más lenta que la administrativa, por lo que es contradictorio exigir conocer el resultado de aquélla para que produzca efectos en un procedimiento de carácter preferente y sumario como es el de expulsión. En principio, éste debería ser tramitado en unos pocos días (artículo 131 del RE), y en cualquier caso en menos de seis meses (artículo 121 del RE). En cambio, la tramitación de un procedimiento penal puede demorarse meses e incluso años. Por ello es muy poco realista decir que es necesario traer los resultados del procedimiento penal al procedimiento de expulsión.

Además, si se extraen todas las consecuencias del razonamiento del Tribunal Supremo, resultaría que la expulsión debe fundamentarse en la permanencia ilegal unida a la realización de una actividad ilícita penal. Pero en tal caso se llegaría a la conclusión de que sería necesario suspender el procedimiento administrativo de expulsión hasta que se adoptara una resolución en la vía penal[34], lo cual se opone a la idea misma de procedimiento preferente y sumario. Y además, el interesado podría invocar en tal caso el principio *non bis in idem*.

Por otra parte, si existe una condena penal, en muchos casos carecerá de importancia la existencia de una resolución de expulsión (por ejemplo, porque estuviera cumpliendo pena privativa de libertad). En otros casos, el propio tribunal puede imponer la pena subsidiaria de expulsión. Además, el artículo 57.2 de la LOE contempla como una causa independiente de expulsión

(34) Artículo 7 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

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. De todo ello cabe deducir que, en caso de subordinar la resolución de expulsión a la condena penal, en la mayor parte de los casos sería innecesario acudir al supuesto de hecho previsto en el artículo 53.a) de la LOE. Lo cual a su vez supondría crear un título habilitante para permanecer en España a favor de quienes están sometidos a un procedimiento penal, lo que indudablemente no es el propósito de la Ley.

Con mención expresa a dicha sentencia, aparecen diversas sentencias posteriores, según las cuales no son suficientes para entender que procede la expulsión la existencia de diligencias policiales contra el interesado y remitidas al Juzgado de Instrucción (STS de 25 de enero de 2007), ni una detención policial por tráfico de drogas (STS de 31 de enero de 2007), ni la existencia de diligencias policiales por presunto delito de receptación (STS de 9 de febrero de 2007), ni la existencia de una detención junto con otros por robo, allanamiento y estafa (STS de 22 de febrero de 2007), ni la existencia de antecedentes policiales por hurto y robo (STS de 28 de febrero de 2007), ni la existencia de antecedentes policiales por presunta comisión de delitos de amenazas y coacciones, hurto y falsificación (STS de 12 de abril de 2007), ni la existencia de diligencias policiales por sustracción de artículos de un centro comercial (STS de 20 de abril de 2007), ni la detención bajo la imputación de robo (STS de 27 de abril de 2007), ni la detención por posible comisión de delitos de robo y resistencia (STS de 4 de octubre de 2007).

E) La proporcionalidad y los datos resultantes del expediente

El Tribunal Supremo invoca en numerosas ocasiones la proporcionalidad tras examinar si concurren o no concurren datos negativos en el expediente administrativo: «estimaremos el recurso de casación –suele decir– en cuanto se refiere a la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta».

Lo que ocurre es que el Tribunal Supremo acaba confundiendo la cuestión de la motivación con la cuestión de la proporcionalidad. En la resolución de cada asunto, a pesar de transcribir la doctrina general, en un principio pone el acento en la falta de la motivación de la opción de expulsión, admitiendo que si hubiera motivación la Administración tiene una potestad discrecional para imponer la expulsión (cuestión formal). Sin embargo, en numerosos casos, al resolver cada caso concreto, prescinde de ello, y realmente se introduce a examinar si en su opinión se respeta el principio de proporcionalidad (control de fondo).

F) Las consecuencias de la falta de motivación

El Tribunal Supremo, cuando considera que no procede la expulsión, suele utilizar la siguiente expresión: «se trata de un caso en que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la de multa que prevé el ordenamiento jurídico». Y como consecuencia de ello anula la Resolución administrativa de expulsión o, en su caso, confirma su anulación.

La respuesta que da el Tribunal Supremo a la cuestión es demasiado simple. En efecto, cuando deduce la improcedencia de la expulsión por la falta de motivación, podría pensarse que la actuación administrativa ha incurrido en un defecto formal. Según el Tribunal Supremo, no es que en los casos concretos de los que ha conocido no se pudiera imponer la sanción de ex-

pulsión, sino que no se motivó la opción. Así las cosas, lo lógico en tal caso sería acordar la retroacción de las actuaciones, a fin de que la Administración motivara el acto en cuestión. Y, sin embargo, esto no ocurre en ninguna de las sentencias estudiadas. Con lo cual, se plantea la duda de si la Administración podría, en ejecución de sentencia, imponer la sanción de multa o retrotraer las actuaciones para dictar una nueva resolución. En efecto, si la falta de motivación es un vicio formal que da lugar a la anulabilidad del acto, cabe la convalidación[35]. Así lo permite el artículo 67.1 de la LRJ.

Por el contrario, cuando el Tribunal Supremo declara la improcedencia de la expulsión por infracción del principio de proporcionalidad, hay que pensar que la Administración ha incurrido en un vicio de fondo. Y en tal caso lo procedente es que el tribunal entrara en la cuestión de la sanción más adecuada, es decir, sobre la multa y sobre la cuantía. Y, sin embargo, no entra en tal cuestión.

Con ello el Tribunal Supremo ni siquiera sigue su doctrina tradicional, en virtud de la cual en caso de lesión del principio de proporcionalidad, no solo declara tal lesión, sino que modifica la cuantía de la sanción impuesta, a fin de respetar el principio de proporcionalidad[36].

VII. LA PECULIAR SITUACIÓN DE ESTA DOCTRINA COMO CONSECUENCIA DE LA PÉRDIDA DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA MATERIA

A partir de la reforma producida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, los Juzgados de lo Contencioso Administrativo pasaron a conocer de los asuntos de extranjería, y contra sus resoluciones cabe recurso de apelación ante las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Por tanto, los asuntos de los que viene conociendo el Tribunal Supremo se caracterizan porque el recurso de casación se interpuso antes de finales de 2003, ya que es doctrina jurisprudencial que los asuntos resueltos con posterioridad ya no son susceptibles de tal recurso. Es decir, el conocimiento de esta materia por el Tribunal Supremo tiene un plazo de caducidad, y más pronto o más tarde esta fuente jurisprudencial se secará. Esta jurisprudencia, pues, guarda similitud con la luz de las estrellas que se extinguieron hace muchos años y que llega a la Tierra después de muertas.

(35) DE LA VALLINA VELARDE, J.L.: *La motivación del acto administrativo,* Madrid, 1967, p. 72.

(36) Sobre las diversas alternativas existentes en la vía judicial (alteración por la propia Administración de la primitiva sanción de acuerdo con los criterios del Tribunal, retroacción de las actuaciones, alteración directa por el Tribunal), vid. NIETO: op. cit., p. 147. Vid. también SÁNCHEZ MORÓN, M.: op. cit., p. 669. Ante la falta de motivación o de proporcionalidad existe reiterada jurisprudencia según la cual el juez no debe limitarse a anular la sanción, sino que puede sustituir ésta por otra más proporcionada o por la mínima legalmente prevista para la infracción apreciada. Así, la STS de 28 de mayo de 2008 (Ar. 5428, Sección 7.ª) sustituye una sanción por la mínima, al no razonar por qué se impone la otra. La STS de 6 de junio de 2007 (Ar. 3369, Sección 3.ª) acoge el principio de proporcionalidad, añadiendo que al tribunal no le es posible sustituir la sanción por otra más proporcionada, por lo que expresamente ordena a la Administración imponer la sanción adecuada a los hechos. La STS de 28 de septiembre de 2005 (Ar. 8723, Sección 7.ª) anula parcialmente una sanción de suspensión por tres meses impuesta por el Consejo General del Poder Judicial, sustituyéndola por la inferior de suspensión de funciones por tiempo de dos meses. La STS de 23 de marzo de 2005 (Ar. 2613, Sección 3.ª) reduce la cuantía de la multa impuesta. Según la STS de 15 de marzo de 2005 (Ar. 2238, Sección 3.ª) (que a su vez se remite a la STS de 24 de mayo de 2004, Ar. 3251), resulta posible en sede judicial no sólo la confirmación o la eliminación de la sanción impuesta, sino su modificación o reducción, en base al principio de proporcionalidad. Igual doctrina aparece en la STS de 1 de julio de 2004 (Ar. 4329). La STS de 25 de febrero de 2004 (Ar. 3534, Sección 3.ª) admite que los tribunales pueden reducir la cuantía de las sanciones en base al principio de proporcionalidad.

II

Se ha hablado de la influencia sicológica de las sentencias del Tribunal Supremo; influencia disuasiva, persuasiva al menos, lo que impide a los tribunales inferiores adoptar otra dirección a fin de evitar que las sentencias puedan ser casadas[37].

Ocurre, sin embargo, que la vida sigue fluyendo y que la doctrina jurisprudencial debe tener en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas. Las propias Leyes –o mejor, el ordenamiento jurídico– cambian. Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo no puede convertirse, pues, en un peso muerto ni en agua estancada que impida la necesaria adecuación a la realidad social cambiante. La jurisprudencia debe vivificar el ordenamiento jurídico, no petrificarlo con interpretaciones realizadas en su momento y que pueden dejar de tener validez. No hay que olvidar que las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. En este sentido es de suponer que la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia irá adecuándose a la realidad cambiante, tanto en el plano de los hechos como en el plano normativo.

(37) FAIRÉN GUILLÉN, V.: *El razonamiento de los Tribunales de apelación,* CEURA, Madrid, 1990, p. 97.

Ángel G. Chueca Sancho

Profesor de la Universidad de Zaragoza,
Acreditado como Catedrático de Universidad
y Director Adjunto de la REDMEX

III

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

(Crónica jurisprudencial, 1 de julio de 2007 a 31 de diciembre de 2008)

SUMARIO

I. Nota preliminar.

II. El reconocimiento de los Derechos Humanos (artículo 1 de la Convención).

III. El derecho a la vida (artículo 2 de la Convención).

IV. La expulsión como trato inhumano o degradante (artículo 3 de la Convención).

V. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (artículo 4 de la Convención).

VI. La detención del extranjero para su expulsión o extradición (artículo 5 de la Convención).

VII. El derecho a un proceso equitativo (artículo 6 de la Convención).

VIII. No hay pena sin ley (artículo 7 de la Convención).

IX. El derecho al respeto de la vida familiar (artículo 8 de la Convención).

X. La libertad de pensamiento, conciencia y religión de los extranjeros (artículo 9 de la Convención).

XI. La libertad de expresión, opinión e información de los extranjeros (artículo 10 de la Convención).

XII. El derecho a un recurso efectivo (artículo 13 de la Convención).

XIII. La prohibición de discriminar (artículo 14 de la Convención).

XIV. El derecho de demanda individual ante el TEDH (artículo 34 de la Convención).

XV. Condiciones de admisibilidad de la demanda (artículo 35 de la Convención).

XVI. El derecho al respeto de los bienes de los extranjeros (artículo 1, Protocolo núm. 1).

Ángel G. Chueca Sancho

III

XVII. La libre circulación de los extranjeros que se hallen legalmente en territorio de un Estado (artículo 2, Protocolo núm. 4).

XVIII. La prohibición de las expulsiones colectivas (artículo 4, Protocolo núm. 4).

XIX. Las garantías procesales de la expulsión individual (artículo 1, Protocolo núm. 7).

XX. La igualdad jurídica entre los esposos (artículo 5, Protocolo núm. 7).

XXI. La satisfacción equitativa (artículo 41 de la Convención).

XXII. La condena en gastos y costas procesales.

XXIII. La ejecución de las sentencias del TEDH (artículo 46 de la Convención).

I. NOTA PRELIMINAR

El Consejo de Europa cuenta ahora mismo con 47 Estados miembros; cuenta además con un candidato, BIELORRUSIA (que lo es desde 1993 y no cumple las exigencias mínimas de democracia y respeto a los derechos humanos). La Convención Europea de Derechos Humanos ha sido ratificada asimismo por los 47 Estados miembros.

En el período ahora analizado, que va desde el 1 de julio de 2007 al 31 de diciembre de 2008, el Consejo de Europa adoptó tres Tratados Internacionales de Derechos Humanos: La Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y los abusos sexuales, de 25 de octubre de 2007, la Convención europea en materia de adopción de niños (revisada), de 27 de noviembre de 2008, y el Protocolo adicional a la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina relativo a los tests genéticos para fines médicos, también de 27 de noviembre de 2008; ninguno de ellos se halla ahora mismo en vigor.

Por otro lado, los días 4 y 5 de septiembre de 2008 se reunía en Kiev (Ucrania) la 8.ª Conferencia[1] del Consejo de Europa de los Ministros Responsables de Migraciones, examinando el tema de «Migraciones económicas, cohesión social y desarrollo: Hacia una aproximación integrada». En la Declaración final, entre otros aspectos, se prevé la integración de los inmigrantes en los Estados de acogida y la reintegración de los retornados en sus Estados de origen[2].

Finalmente, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa examina desde hace un tiempo la posibilidad de adoptar un convenio internacional que defina las migraciones ambientales, especialmente las debidas al cambio climático.

(1) La 7.ª se había reunido en Helsinki en septiembre de 2002.

(2) Ver *http://www.coe.int/t/dg3/migration/Ministerial_Conferences/Kyiv_minconf_fr.asp.*

En el terreno jurisprudencial, esta séptima Crónica examinará 25 sentencias, que –como en el pasado– afectan a casi todos los ámbitos de la Convención.

Entre las sentencias analizadas destacaremos dos, porque plantean nuevas e interesantes cuestiones jurisprudenciales y prácticas. Son las dictadas en el caso *Saadi/Italia* (inmigración irregular, lucha contra el terrorismo, principio de no devolución, artículo 3) y en el caso *Emre/Suiza* (expulsión desproporcionada a los delitos cometidos, violación del artículo 8).

Conviene recordar asimismo que el texto completo de las sentencias analizadas en esta Crónica puede consultarse en inglés o francés (ambas lenguas oficiales del Consejo de Europa y de su Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en *http://www.echr.coe.int*.

II. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS (ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 1 de la Convención:

> «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio».

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado.)

III. EL DERECHO A LA VIDA (ARTÍCULO 2 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 2 de la Convención:

> «1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.
>
> 2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima. b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente. c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección».

El caso CELNIKU/GRECIA (Sentencia de 5 de julio de 2007)

Hechos

La demanda era presentada por dos albanesas, Mirela y Reimonda CELNIKU, que se hallaban irregularmente en Grecia, y fueron detenidas en una cafetería de Atenas, juntamente con su hermano. En la detención, un policía griego (que se encontraba fuera de servicio), al ver que el hermano intentaba sacar algo de un bolsillo, dispara y muere en el acto.

Una investigación policial concluía con la publicación de un informe, en el que se señalaba que el disparo no había sido intencionado. El informe policial final observaba que el policía que

disparó no había cumplido la orden de su superior de no intervenir en la operación. Pero el consejo disciplinario de la policía decidió por unanimidad no imponer sanción alguna al autor del disparo.

Además de aplicar el derecho griego, la sentencia recuerda el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (su artículo 6) y la Observación General núm. 6 del órgano del Pacto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En este caso se aduce la violación de los artículos 2 y 13 de la Convención Europea de DH.

El TEDH dice y decide

> «46. El Tribunal recuerda que el artículo 2, que garantiza el derecho a la vida y define las circunstancias en las cuales puede estar justificado infligir la muerte, se encuentra entre los artículos primordiales de la Convención y no sufre ninguna derogación...
>
> 47. La primera frase del artículo 2, 1.º, obliga al Estado no solamente a abstenerse de provocar la muerte de manera voluntaria e ilegal, sino también a tomar, en el marco de su ordenamiento jurídico interno, las medidas necesarias para la protección de la vida de las personas dependientes de su jurisdicción... A este respecto, la obligación del Estado implica el deber primordial de asegurar el derecho a la vida creando un marco jurídico y administrativo que disuada de cometer atentados contra la persona y se apoye en un mecanismo de aplicación concebido para prevenirlos, suprimirlos y sancionar las violaciones...
>
> 48. Como demuestra el texto del mismo artículo 2, el recurso a la fuerza bruta puede justificarse en algunas circunstancias. Pero el artículo 2 no da carta blanca. La no regulación y el abandono a la arbitrariedad de la acción de los agentes del Estado son incompatibles con un respeto efectivo de los derechos humanos. Esto significa que las operaciones policiales, además de estar autorizadas por el derecho nacional, deben estar suficientemente reguladas por el derecho, en el marco de un sistema de garantías adecuadas y efectivas contra la arbitrariedad y el abuso de la fuerza...
>
> 53. El Tribunal admite, pues, que M. Celniku no obedeció las órdenes del suboficial V. Intentó sacar un objeto del interior de su impermeable e I.R., desobedeciendo las órdenes de su superior, se aproximó a la víctima ya con la pistola en la mano. En ese momento, M. Celniku le dio una patada en el codo, lo que provocó el disparo fatal.
>
> 54. Teniendo en cuenta todo lo precedente, el Tribunal constata que el disparo mortal fue debido no a una acción deliberada del policía I.R., sino a la reacción repentina de la víctima consistente en golpear la mano portadora del arma del policía...
>
> Refiriéndose a las obligaciones a las obligaciones procedimentales derivadas del artículo 2, el Tribunal señala:
>
> 61. De un modo general, se puede considerar que, para que una investigación sobre una alegación de homicidio ilegal cometido por agentes de un Estado sea efectiva, es necesario que las personas encargadas de la misma sean diferentes de las personas implicadas... Esto supone no solamente la ausencia de lazo jerárquico o institucional sino también una independencia concreta...
>
> 62. La investigación debe ser también efectiva en el sentido de que debe permitir determinar si el recurso a la fuerza estaba o no estaba justificado en tales circunstancias...e identificar y sancionar a los responsables. No se trata de una obligación de resultado sino de medios...
>
> 65. Pero el Tribunal observa que existen elementos que manchan el carácter independiente y profundo de la investigación. Respecto a la independencia, el Tribunal señala que tanto el oficial D. como el oficial S., autores de los tres informes de investigación administrativa, ejercían sus funcio-

> nes en la subdirección de policía de Attiki, servicio al que estaban asignados los policías V., M. S. y G., directamente implicados en este incidente. Además, tanto la subdirección de policía de Attiki como el servicio de prevención y represión de la criminalidad, al que I.R. estaba asignado, dependían de la dirección de seguridad de Attiki. Por consiguiente, pueden surgir dudas sobre la capacidad de los agentes afectados para llevar a cabo una investigación independiente, puesto que era muy probable que conociesen personalmente a los policías del incidente y que hubiesen trabajado con ellos en el pasado, con los que hubieran podido desarrollar sentimientos de solidaridad profesional...
>
> 66. Sobre la efectividad de la investigación, el Tribunal está asombrado por el hecho de que los policías implicados en el incidente no hubieran garantizado correctamente la recogida de pruebas. Observa que en el momento del incidente el mismo I.R. escudriñó en el cuerpo del difunto hasta encontrar un cuchillo. Según su declaración de 5 de febrero de 2003, el mismo I.R. entregó el cuchillo al suboficial V. quien, tras reprenderle por su iniciativa, lo depositó sobre el cuerpo de la víctima. A ojos del Tribunal, I.R. era la persona menos competente para escudriñar en el cuerpo de la víctima, puesto que era el autor del disparo fatal y, por principio, tenía interés en que la víctima portase un arma. Conviene observar además sobre este hecho que, a pesar de todo, no se investigaron las huellas digitales en el cuchillo...»

Por tanto, el Tribunal afirma que ha existido violación del artículo 2 en una doble dirección:

Por las deficiencias en la organización de la operación policial concreta y por las deficiencias comprobadas en el proceso de investigación relativa a la muerte de M. CELNIKU.

Nota crítica

Sobresalen en este caso diversos aspectos, desgraciadamente presentes en nuestras sociedades.

En primer lugar, no debemos olvidar que las personas afectadas (las demandantes y el fallecido) se encontraban en situación irregular, pero no por ello carecían de derechos. También en semejante caso los Estados partes en la Convención están obligados a respetar los derechos en ella recogidos y atribuidos a «todas las personas dependientes de su jurisdicción» (artículo 1 del texto convencional).

En segundo lugar, destacaremos el poder policial, difícilmente sometido en algunos Estados a las normas democráticas; a veces, aun cuando se descontrola, suele ir unido a cierta «solidaridad profesional», como denomina la sentencia de modo jurídicamente correcto al corporativismo.

En tercer término conviene no pasar por alto las enormes ¿deficiencias? en la investigación de la muerte de Celniku. Estas deficiencias no señalan ciertamente la existencia de un *fumus boni iuris,* sino todo lo contrario.

IV. LA EXPULSIÓN COMO TRATO INHUMANO O DEGRADANTE (ARTÍCULO 3 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 3 de la Convención:

> «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

De las seis sentencias dictadas en el período analizado no ofrecen nuevas perspectivas jurisprudenciales, y por tanto no serán analizadas, las siguientes:

– La dictada el 20 de diciembre de 2007 en el *caso Sultani/Francia.*

– La dictada el 14 de febrero de 2008 en el *caso Hussain/Rumania.*

– La dictada el 23 de octubre de 2007 en el *caso Soldatenko/Ucrania.*

Habría que recordar asimismo la sentencia dictada en el caso *Riad E Idiab/Bélgica,* el 24 de enero de 2008, que condena a Bélgica por violación de los artículos 5 y 3 de la Convención y que será examinada posteriormente, al analizar el artículo 5.

A) El caso SAADI/ITALIA (Sentencia de 28 de febrero de 2008)

Hechos

El tunecino Nassim SAADI entró en territorio italiano con un permiso de residencia «por razones familiares». Acusado de asociación para cometer actos de terrorismo y falsificación de documentos (sobre todo, pasaportes), es detenido tras una visita a Irán. Cuando iba a ser expulsado a Túnez, un tribunal militar tunecino lo condenaba a veinte años de prisión por pertenencia a una organización terrorista e incitación al terrorismo.

Aducía el demandante que, de ser expulsado a su Estado de origen, sufriría torturas y penas o tratos inhumanos y degradantes.

El 29 de mayo de 2009 la embajada italiana en Túnez envía una nota verbal al Ministerio tunecino de Asuntos Exteriores pidiendo que se den a Italia «seguridades diplomáticas» de que SAADI no será sometido a tratos contrarios al artículo 3 de la Convención y no sufrirá una flagrante denegación de justicia.

La nota verbal tunecina de 10 de julio de 2007 afirma: «El Ministerio de Asuntos Exteriores reafirma por la presente que las vigentes leyes tunecinas garantizan y protegen los derechos de los detenidos en Túnez y les aseguran procesos justos y equitativos y recuerda que Túnez se ha adherido voluntariamente a los tratados y convenciones internacionales pertinentes» (p. 55).

Tras recordar diversos tratados internacionales (un acuerdo bilateral italotunecino, el acuerdo de Asociación con la UE y sus Estados miembros, la Convención sobre el estatuto de los refugiados), la sentencia revisa asimismo los informes de Amnistía Internacional, Human Rights Watch y el Departamento de Estado de EE.UU. sobre los derechos humanos en Túnez.

El TEDH dice y decide

> «125. La expulsión por un Estado parte puede suscitar un problema respecto al artículo 3 y por tanto comprometer la responsabilidad del Estado respecto a la Convención, cuando hay motivos serios y comprobados para creer que el interesado, si se le expulsa hacia el país de destino, correrá en él un riesgo real de ser sometido a un trato contrario al artículo 3. En este caso, el artículo 3 implica la

obligación de no expulsar la persona en cuestión hacia ese país...

126. En este tipo de asuntos el Tribunal está por tanto llamado a apreciar la situación en el país de destino respecto a las exigencias del artículo 3...

127. Siendo absoluta la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos yo degradantes, cualesquiera que sean las actuaciones de la persona afectada... la naturaleza de la infracción que se reprocha al demandante carece de pertinencia para el examen desde la perspectiva del artículo 3...

130. Para verificar la existencia de un riesgo de malos tratos, el Tribunal debe examinar las consecuencias previsibles del envío del demandante al país de destino, teniendo en cuenta la situación general en él y las circunstancias propias del caso del interesado...

137. El Tribunal observa en primer lugar que los Estados encuentran hoy dificultades considerables para proteger a la población contra la violencia terrorista... No puede subestimar la amplitud del peligro que hoy representa el terrorismo y la amenaza que supone para la colectividad. Pero ello no puede cuestionar el carácter absoluto del artículo 3.

138. Por tanto, el Tribunal no puede suscribir la tesis del gobierno del Reino Unido, apoyada por el gobierno demandado, según la cual en el terreno del artículo 3 sería preciso distinguir tratos infligidos directamente por un Estado parte de los que pudieran ser infligidos por las autoridades de un tercer Estado, debiendo colocar en una balanza la protección contra estos últimos con los intereses de la colectividad en su conjunto (ver párrafos 120 y 122). Siendo absoluta la protección contra los tratos prohibidos por el artículo 3, esta norma impone no extraditar o expulsar a una persona cuando corra un riesgo real de ser sometido a tales tratos en el país de destino. Como ha observado el Tribunal en múltiples ocasiones, esta regla no sufre ninguna excepción... En este sentido, no pueden ser tomadas en cuenta las actuaciones de la persona considerada, por indeseables y peligrosas que sean, cosa que torna a la protección asegurada por el artículo 3 más amplia que la prevista en los artículos 32 y 33 de la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el estatuto de los refugiados...

147... Por otro lado, las autoridades tunecinas no han dado las seguridades solicitadas. Se han limitado a declarar que aceptarían el envío a Túnez de tunecinos detenidos en el extranjero... El Ministerio tunecino de Asuntos Exteriores ha recordado que las leyes tunecinas garantizan los derechos de los detenidos y que Túnez se había adherido a los tratados y convenciones internacionales pertinentes... A este respecto, el Tribunal señala que la existencia de textos internos y la aceptación de tratados internacionales que garantizan, en principio, el respeto de los derechos fundamentales, no son suficientes en si mismos para asegurar una protección adecuada contra el riesgo de malos tratos cuando, como en este caso, fuentes fiables constatan prácticas de las autoridades –o toleradas por ellas– manifiestamente contrarias a los principios de la Convención».

Nota crítica

Estamos ante una sentencia importante, que aplica en definitiva la idea según la cual contra el terrorismo no todo vale. Si la persona acusada de terrorismo va a ser expulsada o extraditada hacia un Estado donde no se respeten los derechos humanos, el Estado parte en la Convención (Italia en este caso) no puede realizar dicha expulsión hacia ese tercer Estado (podrá hacerlo hacia otro, si éste admite a esa persona).

Por otro lado, el Tribunal busca una protección efectiva de los derechos que protege. Por eso señala que la existencia de normas internas y la ratificación de tratados internacionales no es

suficiente si en un Estado concreto se constatan violaciones de tales derechos. El Tribunal ofrece una protección real, no solamente formal.

B) El caso N./GRAN BRETAÑA (Sentencia de 27 de mayo de 2008)

Hechos

A una ugandesa, que había entrado en territorio británico con nombre falso, se le detecta la enfermedad del sida, en estado avanzado. Sus defensores solicitan asilo alegando que había sido maltratada y violada en Uganda por un grupo político, como consecuencia de su anterior pertenencia al Ejército de Resistencia del Señor (grupo fundamentalista y terrorista).

Un informe médico afirmaba en 2001 que, si a la paciente se le retiraban los antirretrovirales, le quedaba menos de un año de vida. Ante el rechazo de su petición de asilo, la demandante llevaba el caso a los tribunales británicos. Ante el TEDH acusaba a Gran Bretaña de trato inhumano, si era expulsada a Uganda.

El TEDH dice y decide (Gran Sala)

> «42 ... Los no nacionales, que están a punto de ser expulsados, no pueden reivindicar en principio un derecho a permanecer en el territorio de un Estado parte con el fin de beneficiarse de la asistencia y de los servicios médicos, sociales y de otro tipo ofrecidos por el Estado que los expulsa. El hecho de que, en caso de expulsión, el demandante sufriera una degradación importante de su situación, y, sobre todo, una reducción significativa de su esperanza de vida, no es en sí mismo suficiente para suponer una violación del artículo 3. La decisión de expulsar a un extranjero aquejado de una enfermedad física o mental grave hacia un país en el cual los medios sanitarios para esta enfermedad son inferiores a los disponibles en el Estado expulsante solamente es susceptible de suscitar una posible violación del artículo 3 en casos muy excepcionales, cuando las consideraciones humanitarias que militan contra la expulsión son imperiosas...
>
> 44 ... Los progresos de la medicina y las diferencias socioeconómicas entre los países hacen que el nivel de tratamiento disponible en el Estado parte y en el país de origen puedan variar considerablemente. Si el Tribunal, teniendo en cuenta la importancia fundamental del artículo 3 en el sistema de la Convención, ha de continuar dándose cierta flexibilidad con el fin de impedir la expulsión en casos muy excepcionales, el artículo 3 no obliga a un Estado parte a paliar dichas disparidades dando cuidados sanitarios gratuitos e ilimitados a todos los extranjeros sin derecho a permanecer en su territorio. Concluir lo contrario supondría echar una carga muy pesada sobre los Estados partes...
>
> 50 ... El Tribunal admite que la calidad y la esperanza de vida de la demandante padecerían mediante su expulsión a Uganda. La apreciación de la rapidez con la cual se degradaría su situación y la medida en la cual podría obtener un tratamiento médico, ayuda y cuidados, incluida la ayuda de sus parientes, comporta necesariamente una parte de especulación, teniendo en cuenta sobre todo la evolución constante de la situación en materia del tratamiento de la infección por VIH y del sida en el mundo entero».

Nota crítica

La sentencia más importante dictada hasta estos momentos en esta materia era la del caso D./REINO UNIDO (2 de mayo de 1997) donde sí se afirmaba que Gran Bretaña violaba este artículo

3 si expulsaba a una persona gravemente enferma hacia un Estado caribeño donde no podría recibir los cuidados adecuados. Entonces esta jurisprudencia pareció humanamente progresista.

Pero la actual sentencia es regresiva, no tiene en cuenta el derecho a la vida de la demandante. A mi entender resulta escandaloso que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncie con tan alto grado de economicismo y llegue a sugerir que el sistema sanitario ugandés (si es que existe, vaya Usted a saber) funciona, al menos de modo no demasiado malo.

Una lectura completa del presente caso exige leer con atención la Opinión Disidente común de los Jueces Tulkens, Bonello y Spielmann. En ella puede leerse que este pronunciamiento de la Gran Sala constituye «un nítido retroceso respecto a la aproximación anterior que era a la vez humana y razonable» (p. 17). Como señalan con toda razón los disidentes «la expulsión de un "demandante en su lecho de muerte" sería efectivamente en sí contrario al derecho absoluto garantizado por el artículo 3 de la Convención» (p. 20).

C) El caso ISYAR/BULGARIA (Sentencia de 20 de noviembre de 2008)

Hechos

Un turco, detenido cuando pretendía entrar en Bulgaria en autobús en el que transportaba 40 kilogramos de heroína, era condenado a 15 años de prisión y al pago de una multa. Cumplía su condena en una cárcel de Sofía en una celda de 20 metros cuadrados para 7-8 personas, sin lavabo ni water. Además no había ninguna actividad organizada para los detenidos extranjeros.

En su demanda ante el TEDH alega la violación del artículo 3 de la Convención

El TEDH dice y decide

> «30... Las alegaciones de hacinamiento en la prisión de Sofía son corroboradas... sobre todo por las constataciones del Comité de Prevención de la Tortura (CPT) en cuanto a las condiciones de detención en este establecimiento...
>
> 33. El demandante denuncia asimismo las condiciones materiales de detención, la mala alimentación y las condiciones de higiene en este establecimiento penitenciario...
>
> 34. El Tribunal observa que el demandante se queja de que ha debido utilizar un cubo para satisfacer sus necesidades naturales... Esta alegación se halla constatada por el CPT...
>
> 35. Los efectos nefastos de estas condiciones de detención antes descritas se hallaron sin duda exacerbados por dos factores suplementarios: la larga duración de la detención del demandante, que alcanzó más de siete años y medio, y su situación particular. Sobre este último punto, el Tribunal subraya el hecho de que se trataba de un condenado que cumple su condena en un país extranjero, cuya lengua no conoce, y que está encarcelado con condenados de varias nacionalidades diferentes. Además, el informe del CPT señalaba que los condenados extranjeros no tenían la posibilidad de aprender el búlgaro...
>
> 39. El Tribunal observa que nada indica en este caso la intención de las autoridades búlgaras de infligir al demandante sufrimientos o de humillarlo. Pero, visto el efecto cumulativo de las condiciones de detención en la prisión de Sofía (el hacinamiento carcelario, las malas condiciones de higiene,

las restricciones en el uso de facilidades sanitarias, la mala calidad de la alimentación) y teniendo en cuenta la duración de la detención y la situación particular del demandante, el Tribunal estima que el interesado ha sido sometido a una prueba que va más allá del nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención y que supone un trato degradante según el artículo 3.

40. Por tanto, ha existido violación del artículo 3 de la Convención».

Nota crítica

Varias preguntas surgen ante este caso, pero sin duda la principal es la de si puede un Estado de derecho mantener cárceles en esas condiciones sin perder su cualidad de tal.

También destaca el valor que el TEDH concede a las visitas e informes del CPT, órgano del mismo Consejo de Europa.

V. PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD Y DEL TRABAJO FORZADO (ARTÍCULO 4 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 4:

«1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.

2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.

3. No se considerará como «trabajo forzado u obligatorio» en el sentido del presente artículo:

a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional.

b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.

c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.

d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales».

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado).

VI. LA DETENCIÓN DEL EXTRANJERO PARA SU EXPULSIÓN O SU EXTRADICIÓN (ARTÍCULO 5 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 5:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo l.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación».

Tres sentencias ha dictado el TEDH en este período que afecten a extranjeros. Dado su escaso interés, dejaremos sin analizar la dictada el 27 de noviembre de 2008 en el caso RASHED/REPÚBLICA CHECA.

A) El caso SAADI/REINO UNIDO (Sentencia de 29 de enero de 2008)

Hechos

El iraquí Shayan Baram SAADI, huido del Kurdistán en diciembre de 2000 tras haber curado a tres combatientes kurdos, solicitaba asilo al llegar al aeropuerto de Heathrow. Admitido provisionalmente en territorio británico, es conducido al centro de detención de Oakkington.

Este caso ofrece gran interés porque el TEDH interpreta por primera vez el sentido de los términos del artículo 5.1.º.f), que prevé la detención de una persona «para impedir que entre ilegalmente en el territorio».

El TEDH dice y decide

«63. Examinando el objeto y el fin del artículo 5 en su contexto y los elementos de Derecho Internacional, el Tribunal tiene en cuenta la importancia de esta norma en el sistema de la Convención:

> Consagra un derecho humano fundamental, la protección del individuo contra los atentados arbitrarios del Estado a su libertad...
>
> 64. Si la regla general expuesta en el artículo 5, 1.º, es que toda persona tiene derecho a la libertad, el párrafo f) de esta norma prevé una excepción permitiendo a los Estados restringir la libertad de los extranjeros en el marco del control de la inmigración...
>
> 66... El Tribunal subraya que la detención debe conciliarse con la finalidad general del artículo 5, que es proteger el derecho a la libertad y asegurar que nadie sea despojado de su libertad de manera arbitraria...
>
> 68. Hasta ahora el Tribunal no ha enunciado una definición global relativa a las actitudes de las autoridades que son susceptibles de ser calificadas como «arbitrarias» según el artículo 5, 1º, sino que ha deducido algunos principios claves caso por caso...
>
> 69. Según uno de los principios generales consagrados por la jurisprudencia, una detención es «arbitraria» cuando, incluso aunque sea perfectamente conforme con la legislación nacional, hay un elemento de mala fe o de engaños por parte de las autoridades... La condición de ausencia de arbitrariedad exige además que cuadren verdaderamente con el objeto de las restricciones autorizadas por el párrafo correspondiente del artículo 5, 1.º, no sólo en cuanto a la orden de detención, sino también en la ejecución de esta decisión... Además debe existir cierta conexión entre el motivo invocado para justificar la privación de libertad, por un lado, y el lugar y el régimen de detención, por otra parte...
>
> 74. Para que no pueda ser tachada de arbitraria, la aplicación de una medida de detención debe pues realizarse de buena fe; también debe estar estrechamente ligada al fin que consiste en impedir a una persona que entre irregularmente en el territorio; además, el lugar y las condiciones de detención deben ser apropiadas, puesto que «una medida de este tipo se aplica no a autores de infracciones penales sino a extranjeros que, frecuentemente temiendo por su vida, huyen de su propio país» (Amuur, cit., p. 43); por último, la duración de la detención no puede exceder del plazo razonable necesario para conseguir el fin perseguido».

El Tribunal decide que ha existido violación de esta norma.

Nota crítica

Dadas las prácticas engañosas y fraudulentas utilizadas por algunas autoridades estatales contra los extranjeros, resulta imprescindible saber dónde está el límite de la arbitrariedad. La sentencia dictada en el *caso Conka/Bélgica* en 2002 también abordaba esta perspectiva.

La sentencia recuerda asimismo que los inmigrantes en situación irregular no han cometido ninguna «infracción penal» por esa situación. Criminalizar su conducta resulta pues claramente desproporcionado y siembra en la opinión pública racismo y xenofobia.

B) El caso RIAD E IDIAB/BÉLGICA (Sentencia del 24 de enero de 2008)

Hechos

Estos dos palestinos demandan a Bélgica acusándola de haberlos mantenido en la zona internacional del aeropuerto de Bruselas durante bastante tiempo.

El primero llegaba a Bélgica con un pasaporte libanés, en el cual se señalaba su condición de refugiado; al no disponer de visado de entrada, se le detuvo; pero el mismo día presentaba una solicitud de refugio. Sus recursos contra la decisión denegatoria de tal solicitud, presentados ante el Consejo de Estado, no fueron admitidos basándose en «el hecho de que el demandante no se encontraba en territorio belga» (p. 12).

Idiab llegaba a Bruselas, para embarcar hacia Londres, pero sin visado de tránsito. Él se negó a ser embarcado con dirección a Beirut. Sus recursos también fueron rechazados.

Ambos demandantes fueron detenidos en el Centro 127, de donde intentaron fugarse. Con posterioridad fueron conducidos a la zona internacional del aeropuerto de Bruselas-Nacional. Ante la falta de alimentos y bebidas, acudieron al «puesto de inspección fronteriza» solicitando ayuda; allí les informaron que podían acudir voluntariamente al denominado «Centro INADS» del aeropuerto, hasta su devolución.

Presentada una demanda ante al Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, la sentencia decidía que ambos demandantes podían dejar libremente y sin restricción la zona de tránsito del aeropuerto, bajo pena de multa de 1.000 € por cada hora que sufrieran restricciones en sus movimientos. Finalmente abandonaron esa zona el 15 de febrero de 2003, tras haber permanecido en ella 15 y 11 días, respectivamente.

Inmediatamente después fueron internados en el centro cerrado de MERKSPLAS, donde permanecieron hasta su expulsión hacia Beirut el 8 de marzo de 2003 (primer demandante) y el 5 de marzo del mismo año, en el caso del segundo demandante.

Varios informes del Comité de Prevención de la Tortura destacaban las pésimas condiciones de la sala de acogida en la zona de tránsito del aeropuerto, el Centro INADS y otros centros semejantes. El Comité de Derechos Humanos de la ONU se pronunciaba en la misma dirección.

El TEDH dice y decide

> «68. El Tribunal debe determinar en primer lugar si la colocación de los demandantes en la zona de tránsito puede ser considerada una privación de libertad según el artículo 5 de la Convención... El Tribunal recuerda que ya ha considerado que el mantenimiento de extranjeros en la zona internacional implica una restricción a la libertad, que no puede asimilarse en todos los puntos a la sufrida en los centros de retención. Sin embargo, tal mantenimiento no es aceptable más que si se produce con las garantías adecuadas para las personas que lo sufren y no se prolonga de manera excesiva. En caso contrario, la simple restricción de la libertad se transforma en privación de libertad... Pero el mantenimiento de los demandantes en la zona de tránsito no se produjo a su llegada al país, sino más de un mes después y tras ser adoptadas algunas decisiones que ordenaban su puesta en libertad. Además, decidido para un período indeterminado, se prolongó durante 15 y 11 días, respectivamente. Por otro lado, la posibilidad de que los demandantes abandonasen voluntariamente el país no puede excluir un atentado a la libertad (Amuur, cit., p. 48). El Tribunal concluye que el mantenimiento de los demandantes en la zona de tránsito del aeropuerto equivale de hecho a una privación de libertad...

74. El Tribunal observa de entrada que una situación en la cual la Oficina de Extranjeros ha podido, en dos ocasiones, mantener a los demandantes en detención, a pesar de que su anterior orden de detención había sido anulada y ordenada su puesta en libertad en términos claros, a través de sentencias definitivas, al no haber sido recurridas, suscita serias dudas respecto al principio de legalidad y a la buena ejecución de las decisiones judiciales.

75. ... El Gobierno da a entender que las dos sentencias del 14 de febrero de 2003 no eran conformes a la ley interna ni a la interpretación que hacen las jurisdicciones internas. Si éste era el caso, se comprende mal por qué estas sentencias, que calificaban la actitud de la Oficina de Extranjeros como «vía de hecho» no fueron recurridas...

76. No puede considerarse que la transferencia y el mantenimiento en la zona de tránsito haya constituido una aplicación de buena fe de la legislación en materia de inmigración.

77. ... La zona de tránsito no constituye un lugar adecuado de permanencia, excepto el Centro INADS, que solamente puede considerarse adecuado para una permanencia que no supere algunos días... Sin embargo, los demandantes se encontraron, a partir del 3 de febrero de 2003, en la zona de tránsito abandonados a sí mismos, sin ayuda humanitaria y social de ningún tipo...».

Por eso la sentencia decide que ha existido violación del artículo 5, 1.º; también constata violación del artículo 3.

Nota crítica

De nuevo nos encontramos con una ficción en Derecho Internacional Público: La zona de tránsito del aeropuerto de un Estado no es territorio de ese Estado... Pero si otro Estado intentara controlarla, se produciría un conflicto internacional.

La sentencia del TEDH destaca asimismo cómo la Oficina de Extranjeros se permite incumplir dos sentencias internas firmes, sin ningún rubor ni problema.

La actitud de las autoridades belgas hacia los dos palestinos prueba su absoluto desprecio hacia estas personas. Por eso los deja «abandonados a sí mismos».

El Tribunal califica esta situación como privación de libertad, basada exclusivamente en la ausencia de un documento de permanencia regular. Refiriéndose al artículo 3, la sentencia observa que «habiendo adoptado el Estado la responsabilidad de privar de libertad a los demandantes, debería asegurarse de que la detención en toda su duración se hiciese en condiciones compatibles con el respeto de la dignidad humana. No podía limitarse a esperar que los demandantes adoptasen ellos mismos la iniciativa de dirigirse al centro, para cubrir sus necesidades esenciales» (p. 103).

VII. EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO (ARTÍCULO 6 DE LA CONVENCIÓN)

«Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los

litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene derecho:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia».

De las sentencias dictadas en esta materia que afectan a extranjeros, destacaremos una; la otra fue dictada en el caso **HAMER/BÉLGICA** (27 de noviembre de 2007). Otras sentencias también examinan esta norma pero de un modo secundario.

A) El caso PIJEVSCHI/PORTUGAL (Sentencia de 13 de noviembre de 2008)

Hechos

El moldavo demandante es acusado ante tribunales portugueses de tráfico de personas, desde algunos Estados nacidos tras la disolución de la Unión Soviética; fue condenado por ello. Se queja de falta de seguridad jurídica del sistema portugués ya que los tribunales portugueses no admitieron un recurso contra su condena, presentado en el plazo previamente fijado por el Tribunal de Primera Instancia.

El TEDH dice y decide

«40. En el caso concreto, el Tribunal constata que el demandante, entendiendo apelar contra su condena, solicitó, como la ley le permitía, la trascripción del registro magnético de la audiencia. El Tribunal de Primera Instancia le señaló que dispondría de un plazo de diez días, desde el momento de la notificación de esa trascripción, para depositar su recurso de apelación. Pero, cuando el demandante depositó dicho recurso en el plazo exigido, las jurisdicciones *ad quem*

> adujeron la tardanza del recurso, en virtud de una interpretación diferente de la legislación aplicable. El demandante se ha visto así en la imposibilidad de hacer examinar su recurso sobre su condena.
>
> 41. Según el Tribunal, denegar así, en las circunstancias particulares del caso, el derecho de recurso únicamente por una interpretación diferente del tribunal de apelación sobre las reglas formales relativas a los plazos de presentación del recurso, cuando el tribunal *a quo* había fijado un plazo preciso respetado por el interesado, no es compatible con el principio de seguridad jurídica, que forma parte de las exigencias de un proceso equitativo»

Por eso la sentencia decide que Portugal ha violado el artículo 6, 1.º, de la Convención.

Nota crítica

La sentencia no ofrece dudas: Si una persona cumple las exigencias temporales de presentación de un recurso, éste no puede ser rechazado por otro tribunal basándose en discrepancias jurisprudenciales, que el particular ni conoce ni tiene por qué conocer.

VIII. NO HAY PENA SIN LEY (ARTÍCULO 7 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 7:

> «l. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.
>
> 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

Dos sentencias abordan este artículo en el período considerado. En el primer caso se trataba de una persona condenada por genocidio en la guerra de disolución de Yugoslavia y en el segundo de una persona condenada como criminal de guerra en 1944; pero éste (*el caso Kononov/ Letonia,* Sentencia de 24 de julio de 2008) ha sido remitido el asunto a la Gran Sala y por tanto la sentencia no es definitiva, quedando su examen para una futura crónica.

B) El caso JORGIC/ALEMANIA (Sentencia de 12 de julio de 2007)

Hechos

N. JORGIG, nacional de Bosnia-Herzegovina, fue acusado y condenado en Alemania por genocidio y limpieza étnica en 1992. Tras organizar un grupo paramilitar pro-serbio, se dedicó a realizar diversas atrocidades; entre ellas sobresale el asesinato en junio de 1992 de 22 musulmanes, entre los que se encontraban mujeres, personas mayores y personas incapacitadas. Fue condenado por 11 delitos de genocidio.

Se quejaba de que el concepto de genocidio que se le había aplicado no tenía base positiva suficiente ni en Derecho Alemán ni en Derecho Internacional Público y ello violaba el artículo 7.

El TEDH dice y decide

> «101. En cualquier sistema jurídico, incluido el derecho penal, por muy clara que parezca ser una norma, existe un inevitable elemento de interpretación judicial...
>
> 103... El Tribunal señala que la interpretación del crimen de genocidio por los tribunales nacionales alemanes, sobre todo del «intento de destruir» a un grupo, cubre actos como los imputados al demandante durante la limpieza étnica en Bosnia-Herzegovina...
>
> 104...Considera que el «intento de destruir» a un grupo tal como se regula en el artículo 220 a), del Código Penal (alemán), e interpretado asimismo a la luz del artículo II de la Convención que prohíbe el Genocidio, no necesita un intento de destruir a ese grupo en un sentido físico o biológico. Es suficiente que el criminal intente destruir el grupo en cuestión como una unidad».

Por eso decide que Alemania no ha violado este artículo 7.

Nota crítica

El argumento de la no retroactividad de las normas penales se conjugó abundamente ante el Tribunal Militar Interaliado de Nuremberg. Quienes habían despreciado todo el Derecho y todos los Derechos de las personas, mediante una interpretación totalmente perversa, pretendían quedar sin castigo alguno.

Sucede lo mismo en este caso. Afortunadamente para juzgar algunos delitos existe la que denominamos como «jurisdicción universal». Esperemos que ningún Estado de derecho la limite, esperemos que los autores de tales atrocidades sean juzgados allá donde se encuentren.

IX. EL RESPETO AL DERECHO DE LA VIDA FAMILIAR (ARTÍCULO 8 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 8:

> «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
>
> 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

De los cuatro casos sentenciados en el período analizado, no ofrece excesivo interés la Sentencia dictada el 7 de diciembre de 2007 en el caso *Kaftilova/Letonia:* Cuando el TEDH examinaba el problema, el Gobierno letón había concedido a la demandante un permiso de residencia

permanente, que era lo que solicitaba. El examen del caso *C.G. y otros/Bulgaria* (Sentencia de 24 de abril de 2008) tampoco aporta novedades en esta materia y será examinado más adelante.

En los otros dos casos se plantea la misma situación: Expulsión de extranjeros que habían llegado al Estado de recepción siendo menores y en él habían desarrollado su formación.

A) El caso MASLOV/AUSTRIA (Sentencia de 23 de junio de 2008)

Hechos

Un búlgaro, que había entrado regularmente en Austria con su familia cuando tenía 6 años, es condenado por diversos robos. En 1999 lograba un permiso de residencia permanente o de larga duración.

Como consecuencia de diversos robos, la dirección federal de la Policía de Viena decidió su expulsión, con prohibición de entrada en territorio austriaco durante 10 años. El 22 de diciembre de 2003 fue expulsado hacia Sofía, donde trabaja y no ha cometido nuevas infracciones en el momento de redactar la sentencia. El demandante alegaba que, con la expulsión, se violaba su derecho al respeto de su vida familiar.

En el caso se conjugan determinados instrumentos internacionales sobre los residentes de larga duración: La Recomendación (2000) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la Convención de Derechos del Niño de 1989 y la Directiva 2003/109/CE sobre residentes de larga duración; también se examina parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE.

El TEDH dice y decide

> «61. El Tribunal considera que la imposición y la ejecución de la medida de prohibición de entrada pronunciada contra el demandante constituyen una ingerencia en el ejercicio por el interesado de su derecho al respeto de su «vida privada y familiar»...
>
> 62. El demandante era menor en el momento de la imposición de la prohibición de entrada. Alcanzó la mayoría de edad, o sea 18 años, cuando la medida se convirtió en definitiva, en noviembre de 2002, tras el pronunciamiento de su decisión por el Tribunal Constitucional, pero aún vivía con sus padres...
>
> 71. Cuando, como en este caso, la persona que debe ser expulsada es un joven adulto que todavía no ha fundado su propia familia, los criterios pertinentes son los siguientes:
>
> – la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida por el demandante;
>
> – la duración de la estancia del interesado en el país del que debe ser expulsado;
>
> – el lapso de tiempo transcurrido desde la infracción y la conducta del demandante en este período;
>
> – la solidez de los lazos sociales, familiares y culturales con el país receptor y con el país de destino...

74. Incluso aunque el artículo 8 no confiere a ninguna categoría de extranjeros, ni siquiera a los nacidos en el país receptor o a los que han llegado a temprana edad, un derecho absoluto a la no expulsión (Üner, citado, p. 58 *in fine*), el Tribunal ya ha estimado que era preciso tener en cuenta la situación especial de los extranjeros que han pasado la mayor parte, si no la totalidad, de su infancia en el país receptor, que han sido cuidados en él y en él han sido educados...

75. En resumen, el Tribunal considera que, tratándose de un inmigrado de larga duración que ha pasado legalmente la mayor parte, si no la totalidad, de su juventud en el país de recepción, hay que aportar muy sólidas razones para justificar la expulsión, sobre todo cuando la persona afectada ha cometido durante su adolescencia las infracciones que originan la medida de expulsión.

83. Respecto a la expulsión de un delincuente juvenil, el Tribunal considera que la obligación de tener presente el interés superior del menor exige también facilitar la reintegración de éste. En este sentido, observa que el artículo 40 de la Convención de Derechos del Niño convierte a la reintegración en un fin de la justicia para menores. Según el Tribunal, este fin no puede lograrse si se rompen los lazos familiares y sociales mediante la expulsión, que debe considerarse un último recurso en el caso de un delincuente juvenil.

84...La expulsión de un inmigrado de larga duración, por infracciones en su mayor parte no violentas cometidas cuando era menor, no puede justificarse...

85. Por el contrario, el Tribunal ha precisado en el pasado que infracciones de carácter muy violento pueden justificar una expulsión, incluso cuando hayan sido cometidas por un menor...»

Por tanto, ha existido violación del artículo 8.

Nota crítica

La cuestión se plantea con gran frecuencia. A pesar de este pronunciamiento, ajustado en el fondo, la sentencia no satisface en otro sentido: Cuando afirma que puede ser expulsada una persona nacida en el Estado concreto.

Esta posibilidad se halla demasiado cercana de la posibilidad de expulsar a los nacionales, clásicamente prohibida por el Derecho Internacional.

B) El caso EMRE/SUIZA (Sentencia de 22 de mayo de 2008)

Hechos

El turco Emrah EMRE llegaba a Suiza con sus padres en 1986, cuando contaba 6 años. En 1997 era condenado a dos meses y medio de detención por infracciones contra el patrimonio y violación grave de las normas de circulación. Condenado a la expulsión y a la prohibición de entrada durante siete años en un primer momento, después esta prohibición de entrada se considera con carácter indeterminado. La expulsión se ejecutaba en 2004, seguida de su entrada irregular en Suiza un año después.

Considera que su expulsión violó su derecho al respeto de la vida privada y familiar.

El TEDH dice y decide

«60. El Tribunal recuerda que la Convención no garantiza, en cuanto tal, a un extranjero ningún derecho de entrar o de residir en el territorio de un país determinado. Sin embargo, excluir a una persona de un país donde viven sus parientes próximos puede constituir una ingerencia en el respeto al derecho de la vida privada y familiar, protegida por el artículo 8, 1.º, de la Convención...

67. Incluso si... el artículo 8 de la Convención no confiere a ninguna categoría de extranjeros un derecho absoluto de no expulsión, la jurisprudencia del Tribunal revela sin embargo con amplitud que hay circunstancias en las cuales la expulsión de un extranjero implica la violación de esta norma...

69... Le ha parecido evidente al Tribunal que debería tener en cuenta la situación particular de los extranjeros que han pasado la mayor parte, si no la totalidad, de su infancia en el país receptor, han sido cuidados en él y han recibido en él su educación...

70. El Tribunal ha subrayado la importancia de este último punto tratándose de inmigrados que han pasado lo esencial de su existencia en su país de acogida. En tal caso, conviene no olvidar que efectivamente han recibido en él su educación, en él han establecido la mayor parte de sus relaciones sociales y en él han desarrollado su propia identidad. Nacidos o llegados al país de recepción por la emigración de sus padres, allí mantienen frecuentemente sus principales lazos familiares. Algunos de estos inmigrados sólo han conservado con su país de origen el lazo de la nacionalidad...

79... Había efectuado toda su escolaridad y había vivido la mayor parte de su vida en Suiza, donde residen igualmente sus padres y hermanos, uno de los cuales posee la nacionalidad suiza...

80... Por el contrario, los lazos sociales, culturales y familiares que mantiene con Turquía parecen muy débiles. Se deduce del informe que el demandante no ha permanecido en su país más que un mes y medio en junio y julio de 2002 y que allí solamente reside ya su abuela... Además no está claro que el demandante conozca suficientemente la lengua turca...»

Por todo ello el Tribunal decide que ha existido violación del artículo 8.

Nota crítica

Los hechos son tan similares a los del caso MASLOV que puede servir los mismos comentarios. Además el Tribunal reitera su argumentación.

X. LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN DE LOS EXTRANJEROS (ARTÍCULO 9 DE LA CONVENCIÓN)

«Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión a sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

> 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

De los dos casos surgidos respecto a esta norma, el primero ellos hallaba solución en el ámbito interno holandés, decidiendo el TEDH cancelar la demanda; se trataba del caso *El Majjaoui y Stichting Touba Moskee/Holanda,* cancelado el 20 de diciembre de 2007. Examinamos pues solamente el segundo.

El caso PERRY/LETONIA (Sentencia de 8 de noviembre de 2008)

Hechos

El estadounidense Robert Philip PERRY había entrado en territorio letón en 1997 donde crearía una comunidad evangélica, registrada regularmente según el ordenamiento interno. Disponía de un permiso de residencia temporal «para realizar sus actividades pedagógicas», renovado después como permiso «para actividades religiosas».

Pero, cuando solicita la renovación, la Dirección de Nacionalidad y Migración rechaza la solicitud, aduciendo (en su decisión núm. 5/12-S de 28 de julio de 2000) que no se podía conceder tal permiso a una persona que «militase en una organización totalitaria, terrorista o que utilizase métodos violentos, que pusiera en peligro la seguridad nacional o el orden público, o que (fuese) miembro de cualquier organización secreta dirigida contra el Estado o criminal» (p. 9). Pero PERRY jamás recibió una notificación de la decisión así fundamentada y se quejó de violación de sus derechos humanos, llevando el caso a los tribunales letones.

El 5 de marzo de 2004 se le concedió un permiso de residencia temporal para actividades religiosas, de 11 meses de duración. Cuando el demandante ya había regresado a los Estados Unidos, recibía un correo de las autoridades judiciales letonas en las que se le anunciaba que no suponía ningún peligro para la seguridad nacional del país.

El TEDH dice y decide

> «52... Si la libertad religiosa, según el artículo 9 de la Convención, deriva sobre todo del foro interno, implica asimismo la libertad de «manifestar su religión» individualmente y en privado, o de manera colectiva, en público y entre los que profesan la misma fe.... En este caso el Tribunal recuerda que el demandante es ministro de un culto y que la razón principal de su establecimiento en Letonia era, evidentemente, la creación de una comunidad de su confesión y la predicación en el seno de ésta. Por tanto había ejercido justamente uno de sus derechos protegidos por el artículo 9 de la Convención...
>
> 53... Mediante su decisión núm. 5/12-S de 28 de julio de 2000, la Dirección de Nacionalidad y Migración rechazó prolongar su permanencia en las mismas condiciones y con el mismo régimen; poco después, vio cómo se le concedía un permiso de otro tipo... Según el Tribunal, se trata de un ejemplo típico de una «ingerencia» en el sentido del artículo 9, 2.º, de la Convención...
>
> 65. En resumen, ninguna disposición del derecho letón vigente en el momento de los hechos permitía a la Dirección indicar a un extranjero beneficiario de un permiso de residencia lo que podía

y lo que no podía hacer en el territorio letón. A falta de otras explicaciones por parte del Gobierno, es necesario que el Tribunal concluya que la ingerencia en el derecho del demandante a la libertad de religión no se hallaba «prevista por la ley. Tras esta constatación, no ha lugar de proseguir el examen del caso para ver si la ingerencia buscaba «un fin legítimo» y era «necesaria en una sociedad democrática».

66. Por tanto, hay violación del artículo 9 de la Convención en el presente caso».

Nota crítica

Resulta sorprendente que al demandante se le acuse de crear o formar parte de una organización totalitaria, terrorista, violenta o criminal, cuando nada se ha demostrado en el terreno penal. La utilización de los permisos de residencia por parte de autoridades civiles, pero con una determinada impronta religiosa autóctona, conduce a estos absurdos argumentos.

XI. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, OPINIÓN E INFORMACIÓN DEL EXTRANJERO (ARTÍCULO 10 DE LA CONVENCIÓN)

«Artículo 10. Libertad de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial»

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado.)

XII. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (ARTÍCULO 13 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 13:

«Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

El caso C.G. Y OTROS/BULGARIA (Sentencia de 24 de abril de 2008)

Hechos

El turco demandante residía en Bulgaria, donde contrajo matrimonio; de la unión nació una niña, con nacionalidad búlgara como su madre. Tenía un permiso de residencia de larga

duración cuando, el 8 de junio de 2005, comprobó que se lo habían retirado y habían adoptado una orden de expulsión, por considerarlo una amenaza para la seguridad nacional búlgara.

Tal decisión había sido adoptada por la dirección de interior de la ciudad de Plovdiv, donde vivía y donde trabajaba como conductor. Convocado a una comisaría de policía, era expulsado el mismo día sin tener posibilidad de contactar con su abogado ni con su esposa ni con su hija.

La sentencia condena a Bulgaria por violación de los artículos 8 y 13 de la Convención y el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 7.

El TEDH dice y decide

> «57. Cuando se alega una amenaza para la seguridad nacional, pueden adoptarse algunas restricciones procedimentales para asegurar que no se dañe a dicha seguridad, pero es preciso garantizar el acceso a una autoridad independiente de apelación que tenga un cierto margen de apreciación respecto al ejecutivo... Cuando se produzca una alegación de la seguridad nacional, la garantía de un recurso efectivo exige como mínimo que la autoridad competente de apelación sea informada de las razones que justifican la expulsión, aun cuando estas razones no sean accesibles al público. La autoridad debe ser competente para rechazar la afirmación del ejecutivo porque el argumento de la seguridad nacional puede ser arbitrario o no razonable...
>
> 62. Según la jurisprudencia anterior del Tribunal, el recurso efectivo exigido por el artículo 13 es tal que los tribunales internos que examinan el caso deben considerar si se respeta la Convención...
>
> 64. Por tanto, teniendo presente la falta de fundamentación, el Tribunal considera que el procedimiento del control judicial no ha constituido un recurso efectivo que satisfaga las exigencias del artículo 13 de la Convención. Además el Gobierno no ha sugerido ningún otro recurso.
>
> 65. Por tanto, ha existido violación del artículo 13».

Nota crítica

La cuestión de la seguridad pública y el orden público aparecen y reaparecen en ocasiones de un modo fundamentado, a veces sin fundamentar. Con frecuencia estas argumentaciones disfrazan la vieja «razón de Estado», sin lograr cubrirla totalmente. La relación entre esta argumentación y el derecho a un recurso efectivo sin duda es estrecha y problemática, pues la primera vacía de contenido ese derecho.

XIII. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR (ARTÍCULO 14 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 14:

> «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

Dos casos afectan a esta norma en el período analizado. Desde luego, dado el carácter dependiente de esta norma, se hallan afectadas asimismo otras normas convencionales.

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado.)

XIV. EL DERECHO DE DEMANDA INDIVIDUAL ANTE EL TEDH (ARTÍCULO 34 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 34:

> «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en la Convención o en sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

El caso MOSTAFA Y OTROS/TURQUÍA (Sentencia de 15 de enero de 2008)

Hechos

La demanda era presentada contra Turquía por seis nacionales iraquíes, el padre, la madre y los cuatro hijos del matrimonio. Habían solicitado asilo político en las oficinas del Alto Comisionado para los Refugiados (ACNUR), en Ankara.

La delegación del ACNUR pedía a su vez protección contra el primer demandante, ante sus continuas amenazas.

El Ministerio turco de Interior decidió la extradición de todos los demandantes, porque no cumplían los requisitos exigidos para concederles asilo.

Antes de que se produjese la extradición, el 4 de mayo de 2005, los demandantes solicitaron al TEDH la adopción de medidas provisionales, en cumplimiento del artículo 39 del Reglamento del Tribunal; alegaban que, si eran extraditados, su vida podría correr peligro en Irak (artículo 2) y también que podían ser sometidos a torturas y tratos o penas inhumanas y degradantes (artículo 3).

El Tribunal adoptaba una medida provisional el 9 de mayo de 2005, solicitando a Turquía que no extraditase a los demandantes; la medida era comunicada al Ministerio turco de Asuntos Exteriores el mismo día de su adopción. En ella concedía de plazo hasta el 3 de junio de 2005 para que las partes presentasen alegaciones sobre las medidas provisionales. Pero, antes de que expirase dicho plazo (en concreto el 11 de mayo de 2005), Turquía los había extraditado al norte de Irak.

El TEDH dice y decide

> «29. El Tribunal constata que el Gobierno demandado no se ha conformado a la medida adoptada según el artículo 39 de su Reglamento...

35. El Tribunal recuerda que se había pronunciado el 4 de febrero de 2005, en una sentencia de la Gran Sala, sobre las consecuencias, respecto al artículo 34 de la Convención, del hecho de que un Gobierno demandado no se conforme a las medidas que el Tribunal ha adoptado en virtud del artículo 39 de su Reglamento (MAMATKULOV Y ASKAROV, cit., pp. 99-129).

36. El Tribunal recuerda que el compromiso de no impedir el ejercicio eficaz del derecho de recurso prohíbe las ingerencias en el ejercicio del derecho de un individuo de llevar y defender efectivamente su caso ante el Tribunal.

37... Mediante su demanda, la parte demandante intentaba proteger el derecho protegido en la Convención que invocaba, contra un daño irreparable. Por eso el demandante solicitaba una medida provisional y el Tribunal la concedía, para facilitar el ejercicio efectivo del derecho al recurso individual garantizado por el artículo 34 de la Convención, o sea, para preservar el objeto de la demanda porque estimaba que había un riesgo de sufrir un daño irreparable por una acción u omisión del Estado demandado...

42. Más en concreto, el Tribunal señala que una medida preventiva es, por su propia naturaleza, provisional y que su necesidad se evalúa en un momento histórico concreto, por razón de la existencia de un riesgo que podría impedir el ejercicio efectivo del derecho al recurso garantizado por el artículo 34 de la Convención.

43. Teniendo en sus manos estos elementos, el Tribunal concluye que, al no conformarse a la medida provisional indicada en virtud del artículo 39 de su reglamento, Turquía no ha respetado las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 34 de la Convención».

Nota crítica

La cuestión de la obligatoriedad de las medidas provisionales adoptadas por el TEDH había sido ya decidida en la sentencia dictada en 2005 en el *caso Mamatkulov,* antes citado, surgido de una demanda asimismo contra Turquía y sentenciado el 6 de febrero de 2005 por la Gran Sala. (Ver esta misma Crónica en *REDMEX,* núm 10, noviembre 2005).

Precisamente anclando el artículo 39 del Reglamento del TEDH al artículo 34 de la Convención puede entenderse la obligatoriedad de tales medidas provisionales, hasta 2005 no demasiado claro y muy dependiente de la buena voluntad de cada Estado.

XV. CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA (ARTÍCULO 35 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 35:

«1) Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.

2) El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del artículo 34, cuando:

a) sea anónima; o

b) sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos.

3. El Tribunal considerará inadmisible cualquier demanda individual presentada en aplicación del artículo 34, cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva.

4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisible en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento».

El caso SOSSOADOUNO/GRECIA (Sentencia de 31 de julio de 2008)

Hechos

El demandante, nacional de la República de Guinea, fue nombrado segundo secretario de la Embajada de este Estado africano, encargado de asuntos económicos y financieros. Pero en 2000 Guinea cierra esta Embajada; posteriormente el demandante viaja a Grecia pretendiendo que lo nombrasen cónsul honorario.

El 30 de enero de 2003 era detenido acusado de asociación de malhechores, falsedades, secuestro y tentativa de chantaje; sería condenado a 15 años de prisión por tales delitos. En varias ocasiones solicitó el demandante su inmunidad jurisdiccional, de acuerdo con la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas.

Se queja de la duración excesiva del procedimiento y de la inadmisión de su inmunidad jurisdiccional.

El TEDH dice y decide

El Tribunal decide que ha existido violación del artículo 6, 1.º, de la Convención, por no haber sido juzgado en un plazo razonable.

Sobre el argumento de la inmunidad jurisdiccional, a veces llamada extraterritorialidad, la sentencia dice:

»29 ...El Tribunal observa que no tiene competencia para pronunciarse sobre el respeto de las obligaciones derivadas de instrumentos internacionales distintos a la Convención Europea de Derechos Humanos. En todo caso, según la Corte, se deduce claramente del informe que el demandante no estaba acreditado ante las autoridades griegas según el procedimiento requerido. Por tanto, el rechazo de su objeción de extraterritorialidad no era ni abusivo ni arbitrario. Este argumento está pues manifiestamente mal fundado y debe por tanto rechazarse, en aplicación del artículo 35, párrafos 3 y 4 de la Convención».

Nota crítica

La solución dada al caso parece razonable; en efecto, estamos ante una demanda manifiestamente mal fundada en esta materia (se condenó a Grecia por violación del artículo 6, 1.º).

Lo que está fuera de lugar es admitir el argumento de la «extraterritorialidad» de embajadas y otros locales diplomáticos y de los agentes diplomáticos. Se trata de una ficción abandonada por el Derecho Diplomático hace ya demasiadas décadas como para que se mantenga.

XVI. EL DERECHO AL RESPETO DE LOS BIENES DE LOS EXTRANJEROS (ARTÍCULO 1, PROTOCOLO NÚM. 1)

Dice el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 1:

> «Artículo 1. Protección de la propiedad.
>
> Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.
>
> Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas».

Dos casos han sido decididos en el período analizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; el primero de ellos se enmarca en la sucesión de Estados tras la desaparición de la antigua Yugoslavia (es el caso *Kovacic y otros/Eslovenia,* Sentencia de 3 de octubre de 2008). El segundo será analizado a continuación.

El caso HIRSCHHORN/RUMANIA (Sentencia de 26 de octubre de 2008)

Hechos

El francés Carl HIRSCHHORN demanda a Rumania por haber sufrido la nacionalización de un inmueble propiedad de su familia, sito en la calle Negustori de Bucarest.

El inmueble formaba parte de los bienes del patrimonio privado del Estado rumano, pero se hallaba alquilado a la organización «United Status-Peace Corps».

En el caso se plantea la inmunidad jurisdiccional de las personas de esa organización estadounidense, al tener un estatus de agentes diplomáticos.

El demandante había obtenido el 24 de junio de 1999 una sentencia interna definitiva, que obligaba al Estado rumano a devolverle el inmueble, sentencia que nunca fue ejecutada.

El TEDH dice y decide

> «57... El Tribunal recuerda que, además de la posesión del bien *(usus)*, el derecho de propiedad implica igualmente el derecho de disponer del bien y de percibir los frutos civiles *(abusus y fructus)*...
>
> 58. El Tribunal no está convencido por el argumento del Gobierno, fundado en la inmunidad de jurisdicción de la que disfrutaría la organización «United Status-Peace Corps»...
>
> 60. El Tribunal observa además que la existencia de una eventual inmunidad de la que se beneficiaría la organización antes citada de ningún modo se opondría a la transferencia al patrimonio del demandante de los atributos del derecho de propiedad sobre el inmueble en litigio. Esta transferencia tampoco implicaría en sí misma la expulsión del arrendatario...

93... El Tribunal considera que la imposibilidad de que el demandante disfrute de cualquier atributo del derecho de propiedad sobre su inmueble constituye una expropiación de hecho de acuerdo con la segunda frase del primer párrafo del artículo 1 del Protocolo núm. 1...

94. Una privación de propiedad regulada en esta segunda norma solamente puede justificarse si se demuestra que se ha producido por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley...

100. Por tanto, ha existido y existe aún violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1».

Nota crítica

Nos encontramos con el tema de las privaciones de propiedad de extranjeros, un tema clásico en el Derecho Internacional Público, cuya importancia parecía haber disminuido mucho. Sin embargo, casos como el presente y la situación en algunas zonas del planeta permiten afirmar que no ha desaparecido.

El elemento de la inmunidad jurisdiccional de la citada organización estadounidense más bien parece haberse convertido en la única línea argumental del Gobierno rumano; línea totalmente rechazada por el TEDH. En su rechazo el Tribunal obliga a Rumania a devolver el inmueble o a pagar una importante compensación económica.

XVII. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS EXTRANJEROS QUE SE HALLEN LEGALMENTE EN TERRITORIO DE UN ESTADO (ARTÍCULO 2, PROTOCOLO NÚM. 4)

Dice el artículo 2 el Protocolo adicional núm. 4:

«1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia.

2. Toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluso el suyo.

3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que aquéllas que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.

4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática.»

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado.)

XVIII. LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS (ARTÍCULO 4, PROTOCOLO NÚM. 4)

Dice el artículo 4 del Protocolo adicional núm. 4:

«Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros».

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado.)

XIX. LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LA EXPULSIÓN INDIVIDUAL (ARTÍCULO 1, PROTOCOLO NÚM. 7)

Dice el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 7:

> «1. El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley, y deberá poder:
>
> a) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión,
>
> b) hacer que se examine su caso, y
>
> c) hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente o la persona o personas designadas por dicha autoridad.
>
> 2. El extranjero podrá ser expulsado antes de hacer valer los derechos que figuran en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional».

Esta norma fue alegada en el *caso Saadi/Italia,* analizado en el artículo 3; pero el Tribunal no entró en el examen de la misma.

El caso C.G. Y OTROS/BULGARIA (Sentencia de 24 de abril de 2008)

Hechos

Ver análisis del artículo 13.

El TEDH dice y decide

> «70. En el caso de expulsión, además de la protección brindada por los arts. 3, 8 y 13 de la Convención, un extranjero que reside regularmente en el territorio de un Estado que ha ratificado el Protocolo núm. 7 se beneficia de ciertas garantías específicas según su artículo 1...
>
> 72. El Tribunal observa que la primera garantía prevista para la persona afectada por este artículo afirma que no puede ser expulsada excepto «en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley»
>
> 73. El Tribunal recuerda asimismo que la expulsión de C.G. no estaba «prevista por la ley»
>
> 74. El Tribunal tiene que determinar asimismo si las medidas adoptadas contra el primer demandante cumplen las exigencias del párrafo 1 de este artículo. En este punto observa que los tribunales estatales no han recogido pruebas que permitieran confirmar o rechazar las alegaciones que sirvieran de base para decidir sobre la expulsión y que su decisión se ha limitado a un examen puramente formal...
>
> 75. Finalmente el Tribunal observa que el primer demandante fue expulsado el mismo día que se le comunicaba la orden de expulsión...Por ello el demandante tan sólo pudo defenderse contra esta medida después de su salida del territorio de Bulgaria.
>
> 76. El segundo párrafo del artículo 1 del Protocolo 7 incluye solamente una excepción a la previsión del primer párrafo, según la cual la persona podrá ser expulsada antes de hacer valer sus derechos.

> Ello sucede solamente cuando la expulsión sea «necesaria en interés del orden público» o «se base en motivos de seguridad nacional»...
>
> 80. En síntesis, el Tribunal concluye que la expulsión del primer demandante no cumplió varios de los requisitos exigidos por el artículo 1 del Protocolo 7. Por lo tanto, ha existido violación de esta norma».

Nota crítica

Como comentábamos antes, los razonamientos basados en el orden público o la seguridad nacional no pueden justificar la violación de derechos humanos.

XX. LA IGUALDAD JURÍDICA ENTRE LOS ESPOSOS (ARTÍCULO 5, PROTOCOLO NÚM. 7)

> «Artículo 5. Igualdad entre esposos.
>
> Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de responsabilidades civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. Este artículo no impedirá a los estados tomar las medidas necesarias en beneficio de los hijos».

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado.)

XXI. LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA (ARTÍCULO 41 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 41 de la Convención:

> «Si el Tribunal declara que ha habido una violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

En el *caso Celniku/Grecia* este Estado fue condenado al pago 4.010 € por daño material y 20.000 € por daño moral.

En el *caso Ysiar/Bulgaria* este Estado fue condenado al pago de 5.000 € por daño moral.

En el *caso Raid E Idiab/Bélgica* este Estado fue condenado al pago de 15.000 € a cada uno de los demandantes por daño moral.

En el *caso Maslov,* Austria fue condenada a pagar 3.000 € por daño moral.

La satisfacción equitativa tiene una gran trascendencia en el *caso Hirschhorn*; la sentencia obliga a Rumania a devolver un inmueble expropiado en el plazo de tres meses o a pagar al

demandante 1.900.000 € por daño material. Además, en cualquier caso, debe pagarle 200.000 € por perjuicio material y 10.000 € por perjuicio moral.

XXII. LA CONDENA EN GASTOS Y COSTAS PROCESALES

En el *caso Celniku* Grecia fue condenada al pago de 5.000 € por este concepto.

En el *caso Ysiar* Bulgaria fue condenada al pago de 240 € por este concepto.

En el *caso Raid E Idiab/Bélgica,* este Estado fue condenado al pago de 13.374,60 € por este concepto.

En el *caso Maslov,* Austria fue condenada al pago de 13.097, 06 € por este concepto.

En el *caso Perry,* Letonia fue condenada al pago de 5.000 € por este concepto.

XXIII. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH (ARTÍCULO 46 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 46 de la Convención:

> «1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en los que sean partes.
>
> 2. La sentencia definitiva será transmitida al Comité de Ministros que velará por su ejecución».

Consultar la Web del Consejo de Europa sobre ejecución de sentencias del TEDH., *http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l"Homme/execution/*.

Crónicas legislativas

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

SUMARIO

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

III. Fuentes de la Unión Europea.

I. FUENTES INTERNAS

– 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).

– Resolución de 9 de enero de 2009, de la Dirección General de la Ciudadanía Española en el Exterior, por la que se prorroga el derecho a asistencia sanitaria para todos aquellos beneficiarios de prestación económica por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior que acreditasen la condición de pensionistas a 31 de diciembre de 2008 (BOE núm. 19, del 22).

– Real Decreto 37/2009, de 23 de enero, por el que se crea la Comisión Delegada del Gobierno para la Presidencia española de la Unión Europea en el año 2010 (BOE núm. 21, del 24).

– Real Decreto 245/2009, de 27 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 230/2008, de 15 de febrero, que regula el Consejo General de la ciudadanía española en el exterior (BOE núm. 59, de 10 de marzo).

II. FUENTES INTERNACIONALES

– Entrada en vigor del Convenio de Cooperación en materia de adopción entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, hecho en Hanoi el 5 de diciembre de 2007 (BOE núm. 44, de 20 de febrero de 2009).

Crónicas legislativas

– 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 núm. 61, de 12 de marzo de 2009).

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

– Decisión del Consejo de 18 de diciembre de 2008 por la que se modifica el anexo 13 de la Instrucción consular común, sobre el modo de cumplimentar la etiqueta de visado (DOUE, L, 345, del 23).

– Decisión núm. 1358/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, que modifica la Decisión núm. 1904/2006/CE por la que se establece el programa «Europa con los ciudadanos» para el período 2007-2013 a fin de promover la ciudadanía europea activa (DOUE, L, 350, del 30).

– Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (DOUE, L, 350, del 30).

– Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (DOUE, L, 350, del 30).

– Reglamento (CE) núm. 81/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 562/2006 en lo relativo al Sistema de Información de Visados (VIS) en el marco del Código de Fronteras Schengen (DOUE, L, 35, de 4 de febrero).

– Reglamento (CE) núm. 120/2009 de la Comisión, de 9 de febrero de 2009, que modifica el Reglamento (CEE) núm. 574/72 del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, 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 (DOUE, L, 39, de 10 de febrero).

– Decisión del Consejo, de 10 de febrero de 2009, que modifica el Inventario A del anexo 2 de la Instrucción Consular Común, relativo a misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera en relación con el visado para titulares de pasaportes diplomáticos y de servicio indonesios (DOUE, L, 61, de 5 de marzo).

– Corrección de errores de la Decisión 2008/421/CE del Consejo, de 5 de junio de 2008, relativa a la aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen sobre el Sistema de Información de Schengen en la Confederación Suiza (DOUE, L, 61, de 5 de marzo).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Fondo para las Fronteras Exteriores 2007-2013-España

La Comisión europea ha adoptado, en el marco del Fondo para las Fronteras Exteriores 2007-2013, el programa plurianual para España, con una dotación estimada de 356 millones de euros, así como el programa anual 2007. España ha decidido implementar las cinco prioridades estratégicas del Fondo para financiar los siguientes proyectos: desarrollo del sistema de control de fronteras de Schengen al objeto de conectar al sistema todos los pasos fronterizos; extensión con vistas a un despliegue permanente del Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE) en las provincias de Tenerife (Islas Canarias), Valencia y Alicante y en la isla de Ibiza; adquisición de patrulleras de tipo medio y de aviones de ala fija para el servicio marítimo de la Guardia Civil, el patrullaje naval y la lucha contra la inmigración irregular; acciones relacionadas con el Sistema de Información de Schengen (SIS), por ejemplo el desarrollo de un módulo de conversión de SIS-I a SIS-II; formación de funcionarios de fronteras, principalmente en relación con la aplicación del Código de Fronteras de Schengen, el uso del Manual práctico para los guardias de fronteras y otros instrumentos jurídicos comunitarios en el campo de las fronteras exteriores.
(1 de diciembre de 2008).

Fondo Europeo para los Refugiados 2008-2013-España

La Comisión Europea ha aprobado el programa plurianual 2008-2013 para España del Fondo Europeo para los Refugiados, con una contribución comunitaria aproximada de 7,8 millones de euros, así como el primer programa anual de 2008. España ha optado por centrarse en las tres prioridades estratégicas del Foro y desarrollar proyectos que se financiarán a través del programa anual 2008 en España, entre otros: la mejora de las estructuras de recepción y de los procedimientos de asilo, incluida la asistencia legal, con especial atención a las personas vulnerables; la integración de los refugiados, el asesoramiento y ayuda a la reunificación familiar, con especial atención a las personas vulnerables, y la asistencia psicológica y médica; evaluación de la política nacional de asilo en España y comparación con la política de asilo en otros Estados miembros; y, estudios sobre España como país potencial de reasentamiento y mejora de las capacidades de las personas a cargo del reasentamiento.
(1 de diciembre de 2008).

(*) 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.*

Nueva legislación sobre el uso de datos personales en el marco de la cooperación judicial

El Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE, reunido la pasada semana, tomó la decisión de reforzar aún más la protección de los datos de carácter personal en la UE. Para ello, han adoptado una decisión-marco que regulará la recopilación de este tipo de datos por parte de las autoridades policiales y judiciales durante el ejercicio de sus actividades profesionales. El nuevo instrumento será aplicable al intercambio de datos personales a nivel transfronterizo, siempre dentro del marco europeo de cooperación judicial y policial. Regulará asuntos como el derecho de información, el derecho de acceso a datos personales si existe acuerdo de las autoridades competentes, derecho de compensación en caso de daños por un mal uso de los datos personales, y limitaciones de uso de tales datos.
(1 de diciembre de 2008).

10 de diciembre de 2008-Día Internacional de los Derechos Humanos

El Día Internacional de los Derechos Humanos tiene este año una especial significación, ya que marca el 60.º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que representó el primer paso en el establecimiento de un marco internacional global para la protección de los derechos humanos. Hoy, la Declaración Universal es uno de los textos fundamentales en los que se basa el respeto de los derechos humanos como principio rector en las relaciones internacionales. El año 2008 supone asimismo el 15.º aniversario de la Declaración de Viena y del Programa de Acción proclamados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena así como el 10.º aniversario de la adopción, por la Asamblea General de la ONU, de la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos. Los derechos humanos forman parte fundamental de la política de la UE en materia de relaciones exteriores y desarrollo, como así lo reflejan la participación de la UE en una campaña mundial contra la pena de muerte, el papel clave que desempeña en la lucha contra la tortura y su promoción de la universalidad del estatuto de Roma para la creación de un Tribunal Penal Internacional.
(8 de diciembre de 2008).

Decisión marco del Consejo JAI sobre reconocimiento mutuo de sentencias penales

El Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de la UE ha aprobado una decisión-marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE. La presente Decisión Marco tiene por objeto establecer las normas con arreglo a las cuales un Estado miembro, para facilitar la reinserción social del condenado, reconocerá una sentencia y ejecutará la condena. Estas disposiciones se aplicarán cuando el condenado se encuentre en el Estado de emisión o en el Estado de ejecución. La presente Decisión Marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y reflejados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular en su

capítulo VI. Nada de lo dispuesto en la presente Decisión Marco debe poder interpretarse como una prohibición de denegar la ejecución de una resolución, cuando existan razones objetivas para suponer que la condena ha sido dictada con el fin de sancionar a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones.
(8 de diciembre de 2008).

La Comisión Europea propone modificar el sistema europeo común de asilo

La Comisión europea ha adoptado varias propuestas para modificar tres de los instrumentos legislativos existentes del Sistema Europeo Común de Asilo: la Directiva sobre condiciones de acogida de los solicitantes de asilo; el Reglamento de Dublín, que determina cuál es el Estado miembro responsable de una solicitud de asilo; y el Reglamento Eurodac, una base de datos que contiene las huellas dactilares de los solicitantes de asilo, y que apoya el funcionamiento del Reglamento de Dublín. Estas modificaciones son las primeras propuestas concretas presentadas por la Comisión para ejecutar el Plan de política de asilo y el Pacto sobre inmigración y asilo. Su objetivo es garantizar que todos los solicitantes de asilo sean tratados de manera justa y equitativa cuando presenten solicitudes de asilo en la UE, y mejorar la eficiencia del sistema de asilo de la UE.
(8 de diciembre de 2008).

Combate del racismo y la xenofobia mediante el Derecho Penal

El Consejo de la Unión Europea ha establecido una decisión marco relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal. El racismo y la xenofobia constituyen una amenaza contra los grupos de personas que son objeto de dicho comportamiento. Es necesario definir un enfoque penal del racismo y la xenofobia que sea común a la Unión Europea con el fin de que el mismo comportamiento constituya un delito en todos los Estados miembros y se establezcan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias contra las personas físicas y jurídicas que cometan tales delitos o que sean responsables de los mismos.
(8 de diciembre de 2008).

La comisión da la bienvenida a Suiza en el Espacio Schengen

Desde el 15 de diciembre de 2008, Suiza pasa a formar parte del Espacio Schengen, lo que significa que los controles fronterizos entre este país y los 24 Estados firmantes del Acuerdo Schengen, entre los que se encuentran la mayoría de Estados miembros de la UE, desaparecen. Suiza también ha adoptado el llamado «Sistema de Dublín», que establece los criterios para determinar qué Estado miembro es responsable de examinar una petición de asilo.
(15 de diciembre de 2008).

Cuatro países europeos levantan sus restricciones laborales a Bulgaria y Rumanía

La Comisión Europea ha anunciado que cuatro Estados miembros, entre los que se encuentra España (así como Portugal, Grecia y Hungría), han levantado las restricciones impuestas al acceso de trabajadores búlgaros y rumanos a sus propios mercados de trabajo. Desde el 1 de enero de 2009, los nacionales de estos dos Estados miembros de nueva incorporación, podrán trabajar como cualquier otro ciudadano comunitario en estos países. Así, estos cuatro Estados miembros se unen a los otros diez que ya habían eliminado las mencionadas restricciones, quedando por el momento once, que todavía las mantienen.
(12 de enero de 2009).

Penalización de empleadores de inmigrantes ilegales

El Comité de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo aprobó la semana pasada, por amplia mayoría, un acuerdo de compromiso con el Consejo de la UE respecto a la aprobación, en primera lectura, de la llamada «Directiva de Sanciones», que se debatirá en la sesión plenaria del Parlamento Europeo el próximo 19 de febrero. Entre cuatro millones y medio y ocho millones de inmigrantes ilegales trabajan de forma irregular en la UE, en sectores como la construcción, ganadería, hostelería y turismo, entre otros. Esta nueva Directiva buscará sancionar a los empleadores de estos inmigrantes, mientras que ellos recibirán condiciones de trabajo legales. Los eurodiputados piden igualmente, que se recurra a sanciones penales para los casos más graves, además de hacer responsables a las empresas por las acciones llevadas a cabo por sus subcontratas.
(26 de enero de 2009).

El Parlamento Europeo exige mejores condiciones de vida en los centros de retención de la UE

El Parlamento Europeo, reunido en pleno la pasada semana, adoptó un informe sobre las visitas de la comisión de Libertades Civiles a varios centros de retención de la UE, entre ellos los de las islas Canarias, Ceuta y Melilla. El texto lamenta la reducida capacidad de algunos centros, así como la falta, en ocasiones, de asistencia jurídica y cuidados sanitarios adecuados. Los eurodiputados reclaman un instrumento europeo de solidaridad del que se beneficien los países de la UE más expuestos a la inmigración. Y, asimismo, recuerdan a los Estados miembros que las condiciones básicas de acogida, como la alimentación, el alojamiento y los cuidados sanitarios de emergencia, nunca han de denegarse. Por otra parte, lamentan que el acceso a una asistencia jurídica gratuita «parezca no estar al alcance de los solicitantes de asilo o de los inmigrantes irregulares retenidos» y piden a los países implicados que garanticen este derecho.
(23 de febrero de 2009).

Futuro uso del Sistema VIS en el Espacio Schengen

El Reglamento que enmienda el Sistema VIS (Sistema de Información de Visados, en sus siglas en inglés), va a entrar en vigor el próximo 24 de febrero. El objetivo de este nuevo Reglamento es desarrollar un sistema de gestión fronteriza integrada para las fronteras exteriores de la Unión Europea. La consecución de dicho objetivo se conseguiría mediante la adopción de reglas comunes a todos los Estados miembros (e igualmente de los pertenecientes al Espacio Schengen), de reglas comunes basadas en el Sistema VIS de información de visados.
(23 de febrero de 2009).

El Parlamento Europeo adopta la propuesta sancionadora para empleadores de inmigrantes ilegales

El Parlamento Europeo ha adoptado finalmente una resolución legislativa que da luz verde a la Directiva contra los empleadores de inmigrantes ilegales. Entre cuatro millones y medio y ocho millones de inmigrantes ilegales trabajan actualmente en la UE, en sectores como la construcción, hostelería o ganadería. Uno de los principales factores que animan a venir a los ilegales es precisamente la posibilidad de encontrar trabajo. Esta nueva Directiva, conocida ya como «Directiva de Sanciones» vendrá a completar la llamada «Directiva de Retorno» y la de Tarjeta azul para inmigrantes cualificados; asimismo, incluirá una serie de penas mínimas a nivel europeo para los empleadores de trabajadores ilegales. Los Estados miembros dispondrán de un plazo de dos años para incorporarla a su normativa nacional, una vez que sea publicada en el Diario Oficial de la UE.
(9 de febrero de 2009).

La política europea de inmigración y asilo a debate en el Pleno del CESE

Con motivo del Pleno de los días 25 y 26 de febrero de 2009, el CESE, presidido por su Presidente Mario Sepi, celebrará un debate con Jacques Barrot, Vicepresidente de la Comisión Europea responsable de Justicia, Libertad y Seguridad, sobre la política común europea de inmigración y asilo. El CESE también debatirá y adoptará una serie de dictámenes clave sobre la producción y el consumo sostenibles y el servicio cívico en Europa. El Comisario Jacques Barrot debatirá junto con los miembros del CESE sobre la política común europea de inmigración y asilo. El debate se centrará en las medidas e instrumentos necesarios para dirigirse hacia un marco europeo integrado de inmigración y asilo.
(23 de febrero de 2009).

Proposición para crear una Oficina Europea de Apoyo al Asilado

La Comisión Europea ha adoptado la pasada semana una propuesta de Reglamento por el que se establecería una Oficina Europea de Apoyo al Asilado. Esta propuesta se ha presentado den-

tro del Pacto sobre Inmigración y Asilo, en respuesta a una sugerencia formulada por el Consejo de la UE. La proposición establece la rápida implantación de una Agencia operativa que coordine y gestione la cooperación en materia de asilo entre los Estados miembros de la UE, ayudando a armonizar las diferentes prácticas nacionales. La Oficina se ocupará también de la legislación existente sobre esta materia a nivel europeo.
(23 de febrero de 2009).

Islandia se plantea su entrada en la UE

Islandia, hasta hace poco una gran desconocida para la mayoría de los europeos y la región más septentrional de Europa, es un punto de alerta temprana en relación al cambio climático. El norte de Europa se acerca cada vez más al centro de atención comunitario, y países como Islandia, a causa de la crisis económica, se plantea por primera vez una posible adhesión a la UE. Tras experimentar un espectacular crecimiento económico después de la Segunda Guerra Mundial, ha sido duramente golpeada por la crisis económica global, lo que ha llevado al país a buscar la protección que ofrece el paraguas de la UE y, más concretamente, la eurozona. Estas son las conclusiones a las que se han llegado tras el primer Foro de la asamblea parlamentaria de la dimensión nórdica, que tuvo lugar los días 25 y 26 de febrero en el Parlamento Europeo, en Bruselas. Con este evento se amplió por primera vez de manera formal la cooperación entre la UE y sus vecinos nórdicos, a través de la inclusión de diputados electos de Groenlandia, Islandia, las islas Feroe, Noruega e incluso Rusia y Canadá.
(2 de marzo de 2009).

Pensamiento de la semana: política europea 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 analiza la situación de la política europea de asilo. Comenta que el deber de acoger a los refugiados es uno de los valores fundamentales europeos más importantes. La UE, siendo por sí misma el resultado de una reconciliación histórica y una fuerza efectiva para mantener la paz, no puede rechazar a aquellas personas que ponen en riesgo su vida por la paz y la democracia. Europa no puede cerrar la puerta a aquellos refugiados que huyen del horror de la guerra. Es por ello que el Comisario propugna la adopción de una política europea común sobre asilo y comenta las dotaciones del Fondo europeo para los refugiados a los Estados miembros que más refugiados reciben.
(2 de marzo de 2009).

Apoyo del trabajo legislativo del Consejo de Europa en el ámbito de la justicia penal

El Consejo de la UE, teniendo presente los importantes logros conseguidos por el Consejo de Europa al crear un marco de tratados para la cooperación jurídica en materia penal entre los miembros del Consejo de Europa y reconociendo que en algunos casos puede ser necesario

estipular normas más específicas y detalladas entre los estados miembros de la UE, reitera su respeto por las actividades legislativas del Consejo de Europa en el ámbito de la justicia penal; reafirma su intención de continuar la estrecha cooperación entre la Unión Europea y el Consejo de Europa en este ámbito, e insta a los Estados miembros a que, en su caso, firmen, ratifiquen y apliquen los convenios del Consejo de Europa en el ámbito de la cooperación internacional en materia penal y sobre aproximación de la legislación penal, en particular cuando las disposiciones de dichos convenios estén integradas en el acervo de la Unión Europea.
(2 de marzo de 2009).

El CESE debate la política común de inmigración y asilo con el Comisario Barrot

El Pleno del Comité Económico y Social entabló la pasada semana un debate sobre la política comunitaria de inmigración y asilo con Jacques Barrot, Vicepresidente de la Comisión Europea responsable de Justicia, Libertad y Seguridad. La intervención de Barrot se centró en medidas concretas e instrumentos necesarios para un marco europeo integrado de inmigración y asilo. Barrot dio también detalles sobre el Foro Europeo de la Integración, iniciativa conjunta del CESE y de la Comisión. El CESE aprobó varios dictámenes fundamentales en relación con este asunto. El Presidente del CESE, Mario Sepi, reiteró al Comisario Barrot el respaldo a los esfuerzos de la Comisión para armonizar la legislación de la política de inmigración y asilo. Destacó también «la importancia de que nuestras políticas de inmigración y asilo respeten los derechos fundamentales, en particular, en el actual contexto de crisis económica aguda: los inmigrantes no deben convertirse en el chivo expiatorio de la crisis». Sepi destacó la importancia del Foro Europeo de la Integración, que se celebrará los días 20 y 21 de abril de 2009, para canalizar los puntos de vista de la sociedad civil sobre este asunto.
(2 de marzo de 2009).

El Parlamento Europeo pide que se mejore la situación de los niños emigrantes

El Parlamento Europeo aprobó la pasada semana una resolución en la que solicita a los Estados miembros que adopten medidas para mejorar la situación de los niños que se quedan en sus países cuando sus padres emigran y evitar los riesgos de desatención. La resolución destaca que, si bien existe una política exhaustiva para mejorar las condiciones de vida y la educación de los niños emigrantes que se trasladan junto con sus padres al país de destino, «se ha dedicado escasa atención al fenómeno de los niños a los que sus padres dejan atrás en sus países de origen». Por eso, los eurodiputados piden a la Comisión europea que lleve a cabo un estudio para valorar la extensión a nivel europeo del fenómeno de los hijos de los emigrantes que se quedan en sus países de origen y recopilar datos a escala de la UE sobre este fenómeno.
(2 de marzo de 2009).

III

El traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de extranjería. Especial referencia al caso catalán

Laura García Juan

Vocal de la Junta Directiva de ABEDIE.
Asociación de Abogados Europeos
de Inmigración y Extranjería
(lauragj@yahoo.es)

El objetivo de las líneas que siguen no es otro que reflexionar en torno a la incorporación a las recientes reformas estatutarias de algunos preceptos relativos al reconocimiento de la realidad de la inmigración. Constituye una innegable novedad la atribución expresa de competencias en esta materia a las instituciones autonómicas, frente al tradicional entendimiento de la inmigración y la extranjería como competencias exclusivas del Estado y resulta oportuno en el momento presente suscitar la reflexión en torno a la distribución de competencias en materia de inmigración por la trascendencia que alcanza el debate territorial, cuyo colofón por ahora no es otro que las reformas estatutarias llevadas a cabo en los últimos tiempos.

Pese a que la Constitución Española establece que constituye una competencia exclusiva del Estado la regulación de la inmigración, el régimen de extranjería, el asilo y el refugio, es cierto que el incremento de la inmigración irregular en España ha dado lugar a que por parte de las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos se preste atención asistencial a los inmigrantes, aunque en los Estatutos de Autonomía nada se hubiera previsto anteriormente, salvo en el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias[1]. Desde esta perspectiva se puede afirmar que las competencias que las CCAA han ejercido en estos pasados años no estaban, en realidad, propiamente destinadas al colectivo inmigrante, sino que constituyen el ejercicio de las mismas competencias autonómicas sectoriales en educación, sanidad, asistencia social, vivienda, cultura, etc., que se aplican también a estos ciudadanos para propiciar su integración social.

Para entender correctamente el alcance de la competencia sobre integración de los inmigrantes se impone la superación de su restringida comprensión inicial recogida en la Ley Orgánica 4/2000[2], de 11 de enero, que atribuye al Estado «un título horizontal» en inmigración. La relectura de los artículos 149.1 y 149.2 de la CE, sin cuestionar la competencia estatal para regular los elementos básicos de los derechos fundamentales y de los derechos sociales permite afirmar, sin ningún género de dudas, la competencia autonómica para desarrollar y ampliar aquel «mínimo normativo». Esta precisión es importante ya que en los derechos de contenido prestacional concierne al Estado fijar un marco básico, y a partir de aquí compete a las CCAA, en su

(1) Artículo 37.1 de la LO 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias: «La Comunidad Autónoma de Canarias podrá elevar al gobierno las propuestas que estime pertinentes sobre la residencia y trabajo de extranjeros en Canarias».

(2) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su ingtegración social (BOE núm. 10, de 12 de enero), con las modificaciones operadas por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307 de 23 de diciembre); la LO 11/2003, de 29 de septiembre (BOE núm. 234, de 30 de septiembre), y la LO 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre).

caso, llevar a cabo el desarrollo correspondiente más allá del estándar mínimo de los servicios destinados a la integración de los inmigrantes.

La situación queda como sigue: en buena parte de los casos el Estado se reserva la facultad de legislación básica que le permite decidir los elementos clave de la situación de los extranjeros, mientras que a las CCAA, en ejercicio de sus competencias materiales, les corresponde el desarrollo de estos elementos optando por los mecanismos políticos concretos de su garantía, como pueden ser las formas de prestación de los servicios sanitarios o educativos, las características especiales para conseguir la igualdad en el acceso a los servicios públicos, etc. Vemos así claramente reflejado el carácter compartido de la materia competencial «inmigración», a cuya formalización más allá del artículo 149.1.2 de la CE hemos asistido con algunas de las recientes reformas estatutarias.

La conversión de la inmigración en materia competencial no obedece a la necesidad de ofrecer una respuesta mimética en las diversas reformas estatutarias llevadas a cabo en los últimos tres años, aun cuando previamente ya se habían articulado algunas respuestas desde las administraciones autonómicas ante la situación. En todo caso, se ha justificado la necesidad de operar a nivel estatutario el reconocimiento del espacio autonómico como sociedad de acogida de la inmigración, lo que se ha traducido en la instrumentación en los Estatutos de Autonomía de un reconocimiento formal de competencias relativas a la inserción social y laboral de los inmigrantes.

Algunas CCAA han puesto en marcha, a partir de 2004, procesos de reforma de sus Estatutos de Autonomía de acuerdo con las competencias que para ello tienen asignadas. Las más recientes son las de los Estatutos Autonómicos de la Comunidad Valenciana (aprobado mediante LO 1/2006, de 10 de abril[3]), Cataluña (LO 6/2006, de 19 de junio[4]), Islas Baleares (1/2007, de 28 de febrero[5]), Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo[6]), Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril[7]) y Castilla y León (LO 14/2007, de 30 de noviembre[8]).

Pero es preciso centrar la atención no ya en la plasmación estatutaria de estas competencias asistenciales o «de integración» sino, sobre todo, en las que suponen una intervención directa en la situación jurídico-administrativa de los inmigrantes o, dicho de otro modo, las que interfieren en el llamado «núcleo duro» o derecho de extranjería, hasta ahora coto privado del ámbito estatal. Nos referimos a las competencias ejecutivas laborales sobre las autorizaciones iniciales de trabajo de los extranjeros.

(3) Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. BOE núm. 86, de 11 de abril.

(4) Ley Orgánica 6/2006, de 19 de junio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. BOE núm. 172, de 20 de julio.

(5) Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. BOE núm. 52, de 1 de marzo.

(6) Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. BOE núm. 68, de 20 de marzo.

(7) Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. BOE núm. 97, de 23 de abril.

(8) Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. BOE núm. 288, de 1 de diciembre.

El traspaso de competencias a las CCAA en materia de extranjería

III

Se debe partir en este punto del artículo 149.1.7 de la CE que dice textualmente: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 7.ª Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas», texto en el que se basan las reflexiones que siguen.

De la competencia autonómica sobre ejecución laboral a la que se refiere el precepto aludido derivan facultades de actuación de las CCAA en el régimen jurídico-laboral de los inmigrantes y que, por tanto, inciden en dos aspectos del derecho de extranjería relacionados con el trabajo: 1) la elaboración y gestión del contingente de trabajadores extranjeros y 2) la concesión y renovación de las autorizaciones para trabajar. En cada uno de los dos supuestos deberá delimitarse la concurrencia del título estatal sobre inmigración (más bien extranjería), y el autonómico sobre ejecución laboral. Asimismo ambos aspectos suscitaron no pocas discusiones en el ámbito de su incorporación a los textos estatutarios de reforma, esgrimiéndose por parte de las CCAA, para justificar la asunción de dichas competencias, una mayor eficacia y homogeneidad tanto en la fijación del contingente como en la contratación laboral de los inmigrantes. En todo caso, parece necesario diferenciar, por un lado, la asunción competencial en materia de autorizaciones administrativas (que requeriría una mera transferencia de la competencia de gestión) y, por otro, la regulación de las condiciones de la relación laboral, cuestión más compleja que afecta por igual a nacionales e inmigrantes y que tiene en el Estatuto de los Trabajadores un marco de referencia ineludible. La contratación laboral presenta algunas aristas que deben ser abordadas de forma individualizada, al objeto de alcanzar la mayor precisión posible. En efecto, cabe efectuar una distinción entre la ejecución de la legislación estatal sobre el régimen de entrada y residencia (entendida como la tramitación y resolución de las solicitudes de permisos y la de los recursos presentados sobre éstas, así como en materia sancionatoria), que requeriría una habilitación expresa a la administración autonómica para aplicar la normativa estatal a los supuestos concretos, y una competencia más específica sobre el control de la contratación laboral de los inmigrantes. Este último bloque tampoco tiene unos contenidos uniformes en la medida en la que pueden verse afectados elementos relativos a las condiciones de contratación, elaboración de un contingente autonómico y selección de trabajadores en los países de origen con destino en el mercado laboral de la Comunidad. Vamos a ver separadamente cada uno de estos supuestos.

En la elaboración del contingente ha sido poco discutido el predominio del título estatal sobre el autonómico por su clara incidencia en la política migratoria y, en concreto, en el control del flujo de entrada de extranjeros en España, núcleo duro de la competencia estatal, como tampoco se ha discrepado en la incidencia de este proceso sobre la competencia autonómica de ordenación del mercado de trabajo en el propio territorio derivada de la ejecución laboral. Y de hecho la determinación del contingente es el único supuesto en que la Ley de Extranjería exige una previa colaboración de las CCAA para que el Estado pueda concretar su decisión combinadamente con el informe que ha de elaborar al respecto el Consejo Superior de Política de Inmigración. La legislación de inmigración vigente sólo ha previsto este procedimiento participado y se trata del único ámbito de relación estable y formalizada entre el Estado y las CCAA. No obstante, esta situación está a punto de cambiar radicalmente a la vista del borrador de Real Decreto de Reforma del RD 2393/2004[9], de 30 de diciembre, que incorpora todas las modificaciones tendentes a regular los cambios que va a producir en algunos procedimientos

(9) Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005.

de extranjería el hecho de que ciertas CCAA hayan asumido, en sus respectivos Estatutos, esta función ejecutiva.

El contingente de trabajadores extranjeros se encuentra regulado en el artículo 39 de la Ley de Extranjería y en los que integran el Título V de su Reglamento de desarrollo, siendo el procedimiento a través del cual el Estado decide anualmente el número de nuevos permisos de trabajo estable o de temporada que se concederán por sectores laborales y por CCAA, al margen de las vías ordinarias. Esto hace inevitable la colaboración de las autonomías en su elaboración, máxime cuando la llegada de nuevos inmigrantes afecta directamente al mercado de trabajo del territorio en concreto y a los servicios sociales que se les debe prestar para su efectiva integración en la sociedad receptora. Según el artículo 39.2[10] de la LO 4/2000, la intervención autonómica en la determinación del contingente es doble, por un lado tiene lugar a través de la propuesta de necesidades laborales que elevan las CCAA al Ministerio de Trabajo e Inmigración y, por otro, mediante la representación autonómica en el Consejo Superior de Política de Inmigración, que elabora el informe. Por su parte, el artículo 79.1[11] del Reglamento de Extranjería poco añade al respecto y mucho contribuye a diluir esta participación con la incorporación de nuevos agentes no previstos por el legislador. Vemos, además, que el procedimiento articulado para elaborar el contingente no garantiza en absoluto la vinculación de su resultado a las propuestas de las Comunidades Autónomas, ya que éstas participan como un agente socio-político más junto con sindicatos y organizaciones empresariales en un amplio marco de consultas y no como titulares de las competencias sobre prestación de servicios sociales a inmigrantes.

Pero más allá de la deficiente participación en la determinación del contingente destaca la absoluta exclusión de las CCAA en su gestión, entendida como el procedimiento para la contratación de los trabajadores extranjeros que incluye aspectos como las ofertas en los países de origen o el proceso de selección de los inmigrantes. El apartado cuarto[12] del artículo 79 del Reglamento de Extranjería deja esta decisión en manos del Consejo de Ministros, que tras su acuerdo ha excluido definitivamente a las Comunidades de este proceso. Sin embargo, tras las negociaciones llevadas a cabo por la comisión bilateral Estado-Cataluña sobre traspaso de competencias en materia de inmigración, ha resultado un documento en el que esta Comunidad ha logrado grandes avances con respecto a su participación en la elaboración del contingente destinado a este territorio, obteniendo funciones de gestión y trámites de carácter laboral que actualmente se desarrollan en las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno.

(10) Artículo 39.2 de la LO 4/2000: «En la determinación del número y características de las ofertas de empleo, el Gobierno tendrá en cuenta las propuestas que eleven las comunidades autónomas y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, así como un informe sobre la situación de empleo e integración social de los inmigrantes elaborado a tal efecto por el Consejo Superior de Política de Inmigración».

(11) Artículo 79.1 del RD 2393/2004: «Corresponderá a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración la elaboración de la propuesta de contingente, previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, que tendrá en cuenta, en todo caso, la información sobre la situación nacional de empleo suministrada por el Servicio Público de Empleo Estatal y las propuestas que eleven las Comunidades Autónomas. Dichas propuestas se realizarán tras haber recibido las solicitudes de las organizaciones empresariales de ámbito provincial, y, en su caso, las consideraciones que les hubieran hecho llegar las organizaciones sindicales de idéntico ámbito».

(12) Artículo 79.4 del RD 2393/2004: «Las diferentes actuaciones de gestión, selección, intervención social y concesión de autorizaciones de residencia y trabajo, entre otras que sean consecuencia de la ejecución del contingente, se desarrollarán en los términos que el Gobierno establezca en el acuerdo adoptado».

III

En cuanto a la plasmación concreta de esta competencia ejecutiva laboral en las reformas de los diferentes Estatutos de Autonomía, mientras el de la Comunidad Valenciana se limita a reiterar en su artículo 51 que corresponde a la Comunidad la ejecución de la legislación estatal en materia laboral, el de Islas Baleares asume en su artículo 32, con carácter general, la competencia ejecutiva en inmigración en los términos previstos en las leyes estatales y la Constitución Española. Por su parte, el Estatuto de Aragón en el artículo 75 considera como competencia compartida las políticas de integración de inmigrantes, políticas de inmigración en general y en particular la participación en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros y el de Castilla y León, en términos similares al de Baleares, incluye en su artículo 76 como competencia ejecutiva la fijación, en colaboración con el Estado, de las necesidades del mercado laboral que determinen la concesión de las autorizaciones de trabajo de los extranjeros.

Como se observa, hay para todos los gustos, pero por lo novedoso de su redacción y la polémica suscitada en su momento en torno a ellos, merecen mención aparte los apartados 2 y 3 del artículo 138 del Estatuto de Cataluña[13] y los apartados 1.b) y 2 del artículo 62 del Estatuto de Andalucía[14]. Estos preceptos son, salvo pequeñas diferencias de estilo, esencialmente idénticos en su contenido.

En las propuestas de reforma de ambos Estatutos de Autonomía se plantearon dos tipos de referencias relativas a la inmigración: los derechos de los inmigrantes y las competencias de la Generalitat y la Junta en la materia. Implican, por tanto, estas reformas un claro avance que los anteriores textos estatutarios catalán y andaluz no contemplaban por la distinta realidad migratoria existente cuando se redactaron. Asimismo, ambas propuestas van más allá y pretenden conseguir una descentralización en la gestión, lo que incluiría ejecutar la legislación estatal y europea en materia de trabajo interviniendo en la tramitación y resolución de los permisos y autorizaciones de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros, en la tramitación de los recursos presentados sobre estas autorizaciones y en la aplicación del régimen de inspección y sanción. Sin entrar ahora en el análisis de esta propuesta, parece plenamente asumible que estas actuaciones ejecutivas se realicen, en principio, por los servicios públicos de empleo de la Comunidad Autónoma, al igual que se realizan en relación con los españoles.

(13) Artículo 138.2: «Corresponde a la Generalitat la *competencia ejecutiva* en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye: a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena. b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción».

Artículo 138.3: «Corresponde a la Generalitat la *participación* en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título V».

(14) Artículo 62.1.b): «Corresponden a la Comunidad Autónoma: b) La *competencia ejecutiva* en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción».

Artículo 62.2: «La Comunidad Autónoma *participará* en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Andalucía y, en particular, la participación preceptiva previa en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título IX».

Laura García Juan

III

El pasado 12 de febrero se firmó en Madrid, en el Pleno de la Comisión Mixta de Transferencias Estado-Generalitat de Cataluña, el acuerdo definitivo según el cual ésta será la primera Comunidad Autónoma en asumir la gestión de determinados procedimientos de extranjería, así como de los recursos que se interpongan contra las resoluciones dictadas en ellos, y la tramitación del contingente previsto para su territorio. Este acuerdo entrará en vigor el próximo 1 de octubre y se ha llegado a él tras un largo proceso de negociación posterior a la aprobación del Estatuto de Autonomía, pero que, sin embargo, proviene de reivindicaciones competenciales cuyos orígenes se remontan al 2001.

En aquel año una comisión de veintiséis expertos y parlamentarios elaboró un estudio sobre la Política de Inmigración en Cataluña[15]. El texto, que fue aprobado por Resolución 858/VI del Parlamento de Cataluña, contenía párrafos tan interesantes y sugerentes como éste: «Es preciso potenciar la presencia y la participación de la Generalitat en el Consejo Superior de Política de Inmigración, y garantizar que las competencias de éste comprendan, además de la fijación de las líneas fundamentales de la política de integración de los inmigrantes, el establecimiento de los contingentes. Es aconsejable, además, crear un órgano de participación en las decisiones del Estado sobre política de inmigración, o ampliar las funciones y competencias de los meramente destinados al intercambio de información».

Aquella comisión ya hacía referencia al tema del traspaso de competencias ejecutivas en materia de inmigración. En concreto sugería que, en atención a lo dispuesto en el artículo 11.2 del Estatuto de Autonomía[16] (se refería lógicamente al ya derogado) y de conformidad con el artículo 150.2 de la Constitución Española, la Generalitat podía recibir del Estado la transferencia de las competencias ejecutivas en materia de inmigración –exceptuando el control de fronteras y la concesión de la nacionalidad–, especialmente en relación con las oficinas de extranjeros, con la finalidad de descentralizar las actuaciones administrativas respecto a los permisos de residencia y de trabajo. Desde aquel Informe venimos observando un goteo de artículos en la prensa relativos a este tema que en los últimos tres años se ha convertido en alud. A mediados de 2002 el presidente de los socialistas catalanes, Joan Maragall, y el entonces President de la Generalitat, Jordi Pujol, coincidían en criticar la tozudez del gobierno de Aznar en querer reservarse la totalidad de las políticas migratorias y su oposición a que las autonomías pudieran gestionar la contratación de mano de obra inmigrante. Ya entonces propugnaron la creación, en los principales países emisores de migrantes hacia Cataluña, de Oficinas de la Generalitat para la contratación de temporeros, lo cual se materializó en las dos Oficinas del Servei d'Intermediació Laboral en Origen (SILO) de Marruecos (Tánger) y Colombia (Bogotá) actualmente en funcionamiento. Dos años más tarde, bajo la Presidencia de Rodríguez Zapatero, Pascual Maragall, entonces President de la Generalitat, discrepaba de la opinión de sus compañeros del gobierno tripartito apostando por dejar en un segundo plano la reivindicación del traspaso de estas competencias. Pero en julio de 2005 el texto que se sometió a la aprobación de la ponencia par-

(15) Resolución 858/VI del Parlamento de Catalunya, por la que se aprueba el Documento de la Comisión de Estudio sobre la Política de Inmigración en Catalunya, de 27 de junio de 2001.

(16) Artículo 11 de la ya derogada Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía de Cataluña. «Corresponde a la Generalidad la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: 1. Penitenciaria; 2. Laboral, asumiendo las facultades, competencias y servicios que en este ámbito y a nivel de ejecución ostenta actualmente el Estado respecto a las relaciones laborales, sin perjuicio de la alta inspección de éste. Quedan reservadas al Estado todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias».

lamentaria redactora del proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña incluía siete propuestas de modificación de otras tantas leyes orgánicas del Estado y 10 propuestas de traspaso a la Generalitat de competencias del Estado, entre las que figuraba la competencia ejecutiva en extranjería, contenida finalmente en el polémico artículo 138 del texto estatutario aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio. El resto hasta el día de hoy forma parte de la historia más reciente y todavía no concluida del proceso de negociación que llevan a cabo Generalitat y Ministerio de Administraciones Públicas en sus reuniones periódicas. Elena Salgado (Ministra de Administraciones Públicas) y Joan Saura (Conseller de Interior i Relacions Institucionals) fijaron el 28 de mayo de 2007 el calendario de reuniones de la Comisión bilateral y la Comisión mixta de transferencias, encargadas de desarrollar el Estatuto de Autonomía catalán. En materia de inmigración se llegó a un primer acuerdo en la reunión del 10 de enero de 2008, cuyo documento resultante partía de un borrador elaborado por la Dirección General de Inmigración de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración fechado el 24 de julio de 2007. Su puesta en marcha efectiva pasa, sin embargo, por una modificación del Reglamento de Extranjería sin la que no podría materializarse la asunción de la función competencial en materia de autorizaciones de trabajo a extranjeros no comunitarios. En la siguiente reunión de la Comisión bilateral, el 29 de julio de 2008, simplemente se completó este acuerdo incorporando la posibilidad de que la Generalitat pudiera expedir también permisos a altos directivos, deportistas profesionales y artistas en espectáculos públicos (artículo 55.2 del RD 2393/2004).

El acuerdo firmado el pasado 12 de febrero de 2009 finalmente prevé que la Generalitat pueda otorgar el permiso inicial de trabajo por cuenta propia o ajena a los extranjeros que desarrollen su tarea en Cataluña, convirtiéndose en la primera comunidad del Estado que ejercerá esta competencia. La Generalitat recibirá y tramitará las solicitudes, valorará las autorizaciones de trabajo y notificará su obtención o denegación. Esta autorización inicial irá acompañada de la autorización de residencia, otorgada por el Estado. Los interesados recibirán una resolución única con el permiso de trabajo y residencia firmada por las dos Administraciones y comunicada por la Generalitat. Por lo tanto, el trámite se realizará de forma conjunta con el Estado.

En relación a la definición del contingente, la Generalitat asumirá nuevas funciones como la recepción de solicitudes, validación de ofertas, etc., para trabajadores estables. También se ha acordado crear una subcomisión en materia de inmigración en cumplimiento del Estatuto que prevé que la Generalitat participe en las decisiones del Estado sobre inmigración que tengan una trascendencia especial en Cataluña.

El organismo público que desempeñará la función concreta de recibir y tramitar las solicitudes por parte de las empresas interesadas en contratar trabajadores extranjeros, tanto en Cataluña como en Andalucía –en la que se encuentran ya muy avanzadas las negociaciones–, será el Servei d'Ocupació de Catalunya[17] (SOC) y el Servicio Andaluz de Empleo[18] (SAE), ambos adscritos a las respectivas Consejerías de Trabajo y de Empleo, lo cual constituye un acierto en mi opinión. En Andalucía hay 190 Oficinas SAE repartidas por toda su geografía y en Cataluña 67. Esta circunstancia no sólo redundará en beneficio para los empresarios, a los que se les facilitará y agilizará la gestión al no tener que desplazarse y hacer largas colas en las Oficinas de Extranjeros, sino que tiene otra ventaja más importante, y es la de que al tratarse en ambos casos de la entidad que regula el mercado de trabajo en estas comunidades, se puede asociar la concesión

(17) Ver enlace web: *http://www.oficinatreball.net/socweb/opencms/socweb_es/home.html.*

(18) Ver enlace web: *http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/oficinavirtual/web/es/.*

de cada autorización al estado real en ese momento concreto del citado mercado. El SOC y el SAE son el organismo donde se sitúa toda la demanda de trabajo que hay en cada territorio, de manera que puede calibrar tanto la oferta como la demanda a nivel local de cada puesto y saber si realmente hay trabajadores disponibles para un oficio concreto o no los hay y conviene contratarlos fuera.

En Cataluña ha sido creada al efecto una Oficina Técnica que dará soporte al despliegue de esta competencia que, en principio, será asumida por 16 oficinas del SOC repartidas entre las cuatro provincias. Estas oficinas se encargarán de recepcionar las solicitudes, valorar las causas de inadmisión a trámite y emitir los correspondientes requerimientos. A su vez cuatro Unidades Territoriales de Autorizaciones situadas en las capitales de provincia se ocuparán de examinar los expedientes y recabar los informes pertinentes, realizar nuevos requerimientos de documentación, emitir las propuestas de resolución y notificarlas a los interesados. Una Unidad Central de Autorizaciones con sede en Barcelona se encargará de centralizar y coordinar estas unidades, evaluar la calidad del servicio, fijar y asegurar la uniformidad de criterios de resolución aplicables y velar por la correcta tramitación de las solicitudes. La Oficina Técnica aludida se encuentra actualmente ultimando los preparativos para la entrada en vigor definitiva de estas funciones ejecutivas en coordinación con la Administración General del Estado el próximo 1 de octubre.

Los 22 procedimientos administrativos de extranjería cuya gestión ha sido transferida y será ejecutada a partir de esa fecha por el Gobierno de Cataluña son:

1. Autorización inicial de trabajo por cuenta ajena –artículos 49 a 53 del RD 2393/2004–.
2. Autorización inicial de trabajo por cuenta ajena cuando se alega que el trabajador va a ocupar un puesto de confianza –disposición adicional 12.ª del RD 2393/2004–.
3. Autorización inicial de trabajo por cuenta ajena cuando se alega ser hijo o cónyuge de extranjero con autorización renovada, hijo de español nacionalizado o comunitario con un año de residencia –apartado b) del artículo 40 de la LO 4/2000–.
4. Autorización inicial de trabajo por cuenta ajena cuando se trata de trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos –apartado d) del artículo 40 de la LO 4/2000–.
5. Autorización inicial de trabajo por cuenta ajena para los que hubieran gozado de la condición de refugiados durante el año siguiente a la cesación de la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de refugiados por los motivos recogidos en su artículo I.C.5 –apartado e) del artículo 40 de la LO 4/2000–.
6. Autorización inicial de trabajo por cuenta ajena para los que hubieran sido reconocidos como apátridas y los que hubieran perdido tal condición el año siguiente a la terminación de dicho estatuto –apartado f) del artículo 40 de la LO 4/2000–.
7. Autorización inicial de trabajo por cuenta ajena para los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española –apartado g) del artículo 40 de la LO 4/2000–.
8. Autorización inicial de trabajo por cuenta ajena para los extranjeros nacidos y residentes en España –apartado h) del artículo 40 de la LO 4/2000–.

9. Autorización inicial de trabajo por cuenta ajena para los hijos o nietos de español de origen –apartado i) del artículo 40 de la LO 4/2000–.

10. Autorización inicial de trabajo por cuenta ajena para los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente –apartado j) del artículo 40 de la LO 4/2000–.

11. Autorización inicial de trabajo por cuenta ajena para los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante cuatro años naturales, y hayan retornado a su país –apartado l) del artículo 40 de la LO 4/2000–.

12. Autorización inicial de trabajo por cuenta ajena por ser titular de residencia por circunstancias excepcionales por ser desplazado o familiar de asilado –artículo 45.7, segundo párrafo, del RD 2393/2004–.

13. Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada para personal de alta dirección, deportistas profesionales y artistas en espectáculos públicos –apartado c) del artículo 55.2 del RD 2393/2004–.

14. Autorización de trabajo por cuenta propia –artículos 58 a 61 del RD 2393/2004–.

15. Autorización de trabajo por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos –artículo 84 del RD 393/2004–.

16. Autorización de trabajo de estudiantes o investigadores cuya relación laboral se inicie y desarrolle en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma –artículo 90 del RD 2393/2004–.

17. Modificación de la situación de residencia a la de residencia y trabajo por cuenta ajena inicial para el cónyuge o los hijos reagrupados en edad laboral, cuando las condiciones fijadas en el contrato de trabajo que haya dado lugar a la autorización, por ser éste a tiempo parcial o por la duración de la prestación de servicios, den lugar a una retribución inferior al salario mínimo interprofesional a tiempo completo en cómputo anual –artículo 96.3 del RD 2393/2004, en relación con el artículo 41.6–.

18. Modificación de la situación de estancia por estudios a la situación de residencia y trabajo –artículo 95 del RD 2393/2004–.

19. Modificación de la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena –artículo 96 del RD 2393/2004–.

20. Compatibilidad de la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena y la residencia y trabajo por cuenta propia –artículo 97 del RD 2393/2004–.

21. Modificación de la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena –artículo 98 del RD 2393/2004–.

22. Modificación de las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena –artículo 99 del RD 2393/2004–.

Estudios desde las dos orillas

Armando Alvares García Júnior

Catedrático en Derecho Internacional Económico (Brasil)
(armaxxyyzz39@yahoo.com)

La migración en Brasil: aspectos básicos

RESUMEN

LA MIGRACIÓN EN BRASIL: ASPECTOS BÁSICOS

Este artículo busca establecer un panorama genérico de la migración en Brasil. Inicialmente aborda el creciente fenómeno de la feminización de la migración para, después, tratar de las singularidades de la emigración de brasileños en un momento histórico de fuerte crecimiento y expansión económica nacional. Aunque algunas voces exageradamente afirmen existir una diáspora brasileña, la verdad es que Brasil siempre ha sido un país receptor de inmigrantes. La propia composición étnica en ese país resulta de la fuerte miscegenación de indígenas, históricamente procedentes de Siberia, con colonos portugueses e invasores holandeses (dando origen a los mamelucos brasileños), negros africanos introducidos por Portugal, desde sus colonias, para trabajaren como esclavos en los cultivos de caña de azúcar e inmensas oleadas de inmigrantes caucásicos europeos y japoneses, para sustituirles en los cafetales (la monocultura que se siguió) cuando, por presión de Inglaterra, después de la independencia en relación a Portugal, la esclavitud en Brasil ha sido abolida. Para que se tenga una idea, hay 45 millones de italianos y sus descendentes viviendo en Brasil.

ABSTRACT

MIGRATION IN BRASIL: BASIC ASPECTS

This article is trying to give a panoramic view of migration in Brazil. Giving the phenomenon how it grows initially tackling the subject of the feminism migration. Then tend to explain the singularity of Brazilian emigrants at the historical moments of growth and expansion of the national economy. Although there are many, who exaggeratedly confirm the existence of Brazilian"s Diaspora, the truth is Brazil has always been a welcoming country to the immigrants. The proper ethnic composition of the country is a strong result of half-breeding of the indigenous, it was historically originated from Siberia, with Portuguese colonists and the Dutch invaders (originated by the Brazilian"s mamelukes), African Negros has been introduced to Portugal, since its African colonies, in order to work as a slaves in farms of sugar cane, and a lot of Caucasian Europeans and Japanese, immigrants had arrived to substitute them in the coffee plantation (the monoculture followed) when, for pressured of the United Kingdom of England, after the independence of Portugal, the slavery in Brazil has been abolished. Currently there are 45 millions of Italian and its descendants residing in Brazil.

Armando Alvares García Júnior

SUMARIO

I. Introducción.

II. La migración latinoamericana: algunos aspectos.

III. Segmentación de los servicios, división internacional del trabajo y feminización de la migración.

IV. Las mujeres latinoamericanas y la migración: algunos aspectos.

V. Mujeres brasileñas, movilidad en Brasil y migración.

VI. Mentalidad migratoria en Brasil. Infravaloración nacional y darwinismo social en la política migratoria brasileña.

VII. El entorno económico en Brasil.

VIII. Formación étnica en Brasil (amerindios y mamelucos).

IX. Formación étnica en Brasil (negros).

X. Formación étnica en Brasil (caucásicos y asiáticos). **A) La inmigración italiana en Brasil. B) La inmigración española en Brasil. C) La inmigración japonesa en Brasil.**

XI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Las migraciones internacionales constituyen uno de los fenómenos sociales, económicos y políticos que cobró más interés en las últimas décadas del siglo XX y que, seguramente, tomará aún más relevancia en el siglo XXI.

Constituye un fenómeno que tiene lugar en el marco de la globalización. Un proceso económico, político, cultural y social relacionado directamente con los efectos que el modelo capitalista neoliberal genera mundialmente.

Aunque el sistema financiero internacional se encuentra en crisis, con la retomada de la intervención del Estado después de treinta años de discurso sobre liberalización y desregulación (incluyendo las medidas prescritas a muchos países por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial) el fenómeno migratorio no se detendrá ni disminuirá.

La migración en Brasil: aspectos básicos

La injusta distribución de la renta, la agresiva acción de las empresas transnacionales, la deuda externa de los países, la pérdida de seguridad alimentaria, el aumento de los precios de bienes y servicios, el comercio injusto y distorsionado, la expoliación de los recursos naturales, los conflictos armados etc. son algunas de las causas por las muchas personas se ven forzadas a desplazarse y emigrar, tanto hacia el Norte como entre países del Sur.

La política neoliberal adoptada en Latino América por los gobiernos de centro en las décadas de los ochenta y noventa no han conseguido superar los principales problemas que prometieron solucionar: corrupción, desempleo, inseguridad y ausencia de políticas sociales efectivas.

La reivindicación social se consubstanciaba en la redistribución de la riqueza y oportunidades, fuertemente concentradas en las manos de pocos en toda América Latina, región donde las desigualdades son abismales.

Con la caída del muro de Berlín y el consecuente fin de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, se rompió la bipolaridad existente desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

Así, la llegada de la izquierda ya no implicaba más una amenaza geopolítica a los Estados Unidos de América como anteriormente había ocurrido y que provocara la intervención estadounidense en Latino América: caídas de Jacobo Arbenz en Guatemala (1954) y Salvador Allende en Chile (1973) o la ascensión de Manuel Antonio Noriega en Panamá (1989), entre otros casos.

Las reformas económicas promocionadas desde el Consenso de Washington no habían solventado los problemas de esas poblaciones y el aumento de la pobreza (con una mayor concentración de riqueza) encontró en las plataformas de izquierda la oportunidad histórica de, con la alternancia democrática y a partir de la segunda mitad de la década de los noventa del siglo pasado, dar una respuesta al fracaso de los gobiernos antecesores que pugnaban por la política neoliberal abanderada por los Estados Unidos de América y por las dos instituciones resultantes de los encuentros de Bretton Woods.

Así, la combinación de pobreza con democracia (consolidada en la última década en América Latina) ha resultado en el aumento de la expectativa de varios sectores de la población por partidos políticos (especialmente los de izquierda) que propusiesen resolver sus problemas socioeconómicos.

Con las excepciones de Colombia (que ha dado un giro a la derecha con Álvaro Uribe) y de México (con la elección de Felipe Calderón del Partido Acción Nacional, con orientación derechista), los demás países latinoamericanos han barrido los gobiernos de centro e implantado gobiernos de orientación política izquierdista.

Independientemente, desde una perspectiva académica podemos diferenciar la izquierda comunista ortodoxa de Cuba, la izquierda populista de Argentina, Ecuador, Venezuela y Bolivia y la izquierda moderna de Brasil, Chile y Uruguay y su potencial respuesta a la colectividad reivindicativa (bien como su grado de efectividad), la migración colectiva latinoamericana siguió existiendo e inclusive se incrementó.

Es verdad que el destino prioritario de la inmensa mayoría de los latinoamericanos y caribeños siempre ha sido los Estados Unidos de América y, en menor escala, la Unión Europea.

Sin embargo, con los eventos del 11 de septiembre de 2001, la política migratoria estadounidense se tornó aún más restrictiva y gran parte de ese contingente humano optó por Europa.

Concretamente España se consolidó como el segundo destino elegido por los inmigrantes latinoamericanos, por detrás solamente de Estados Unidos. Si incluimos aquellos que no han obtenido la residencia legal, el número de personas procedentes de América Latina en España es de casi 2 millones, por delante de los llegados de Europa del Este, en segunda posición y de los africanos, en tercera. Ecuatorianos, colombianos y peruanos se encuentran entre los colectivos latinoamericanos más numerosos.

Hace poco más de quince años, la imagen que predominaba sobre la presencia de latinoamericanos en Europa los relacionaba con intelectuales de izquierda, artesanos y músicos indígenas exóticos, así como con algunos estudiantes universitarios y artistas.

El exilio político de los sudamericanos y la cultura regional, especialmente la andina, eran los elementos que más fuertemente caracterizaban su presencia. La realidad empezó a modificarse a partir de la década pasada con la inmigración estrictamente económica.

Bajo una óptica más amplia, gran parte de los movimientos migratorios responden a las necesidades de los países de mano de obra barata y sin calificación para la agricultura, alimentación, construcción civil, industria textil, servicios domésticos y cuidados de los enfermos, ancianos y niños en las casas.

En los Estados Unidos, Japón y la Unión Europea, el destino de los inmigrantes, en general, son los trabajos sucios, peligrosos, difíciles y peor remunerados. Sin embargo, como veremos más adelante, los inmigrantes europeos en Brasil han tenido aún peor suerte, ya que realizaban, en su casi totalidad, un trabajo casi-esclavo en las haciendas de café.

II. LA MIGRACIÓN LATINOAMERICANA: ALGUNOS ASPECTOS

Los primeros flujos migratorios latinoamericanos han pasado relativamente desapercibidos en Europa.

Pero, a lo largo de la década de noventa, muy especialmente de su segunda mitad, la llegada silenciosa de dominicanos, peruanos, ecuatorianos, colombianos y bolivianos estableció los cimientos para la formación de redes sociales y de trabajo que convirtieran Europa (especialmente España, Italia y Portugal) en un importante destino de muchos latinoamericanos.

Esta masiva migración coincidió con el proceso europeo de consolidación de sus fronteras internas y externas. La mayor movilidad era atribuida al europeo dentro del bloque, aunque con ciertas dificultades de aceptación social como, por ejemplo, los rumanos en España y los yugoslavos en Austria.

Las fronteras externas fueron reforzadas hasta el punto de hablarse en la construcción social de un «anillo de fuerza» alrededor del territorio comunitario.

La nueva normativa europea sobre inmigración, a propósito, objetiva establecer una inmigración selectiva, con mano de obra calificada, para suplir carencias de interés social.

Evidentemente, en relación a los ciudadanos extracomunitarios se exige una determinada forma legal para su entrada, estadía y permanencia en territorio de la Unión Europea, lo que es lógico y comprensible, ya que tanto jurídica como políticamente se pueden establecer criterios normativos para la regulación del flujo migratorio.

Hasta 2005, el 70% de los latinoamericanos residentes en un país miembro de la Unión Europea se concentraba en España. Muy por detrás estaban Italia, Reino Unido (que entre 2006 y 2008 aumentó muy expresivamente el número de latinoamericanos, especialmente sudamericanos y muy concretamente brasileños, a punto de generar atritos diplomáticos con Brasil) y Alemania, apenas por mencionar algunos ejemplos.

Específicamente España se ha transformado en uno de los principales destinos migratorios en los últimos años. El flujo se incrementó aún más en virtud de la ausencia de exigencia de visado a los ciudadanos hispanoamericanos, situación que cambió recientemente.

El *boom* inmobiliario y de la construcción civil observado en los últimos años en este país ha servido como foco de atracción a muchos latinoamericanos, intensificando la migración de naturaleza económica y modificando la percepción que antes se tenía de este colectivo.

Es interesante observar que mientras los capitales, los bienes, los servicios y las empresas son libres para circular, entrar y permanecer en cualquier latitud, respaldados por acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales, las personas ven obstaculizadas la libre circulación.

Hasta el mismo ingreso y la permanencia legales en el país se están dificultando normativamente, actuando sobre aspectos de psicología social importantes a los inmigrantes.

Uno de esos casos concierne al tema de la reagrupación familiar con los parientes ascendentes (padres) que, por diferenciarse legalmente del núcleo familiar constituido por la pareja y los hijos, se exigirá, con la reforma de la ley de extranjería española (para citar un ejemplo), que la petición tenga cabida solamente cuando el inmigrante obtenga el permiso permanente, al quinto año.

Según reza la normativa actual, al año de llegar una persona a España puede ejercer el derecho de reagrupación de los ascendientes, es decir, de los padres.

La concepción económica de los inmigrantes, mucho más como factor de producción (mano de obra, capital y bienes) que como sujeto de derecho, ha hecho con que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaborase el principio de que el trabajo no debe ser considerado como una «mercancía».

III. SEGMENTACIÓN DE LOS SERVICIOS, DIVISIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y FEMINIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN

Asistimos a la perpetuación y consolidación de un mercado de trabajo global con una elevada segmentación donde parece existir trabajadores de primera, segunda y tercera categorías. Los sindicatos nacionales de los países de destino no siempre están muy interesados en eliminar esas diferencias sentidas por los inmigrantes.

Aunque la aportación de los inmigrantes sea tangible económicamente tanto para el país expulsor como para el país receptor, con relación a la América Latina, hace años que las autoridades observan el continuo éxodo de talentos desde sus países de origen a los países receptores, generando serios problemas en los países de origen.

No todos los inmigrantes poseen baja calificación profesional y educacional. Existe también la fuga de trabajadores calificados, talentosos y expertos, por distintos y variados motivos.

Eso implica un desmantelamiento importante del capital social e intelectual de los países expulsores, pocas veces aprovechado por los países receptores que podrían beneficiarse de la inversión social en educación que hacen los países de origen.

En ese sentido, la política europea tendente a atraer a inmigrantes calificados está siendo vista en Latinoamérica como un neocolonialismo europeo.

Claro que la situación, en un determinado momento, puede sufrir alteraciones por motivos puntuales, como lo que está actualmente pasando con Portugal, en que el gobierno pretende acelerar el reconocimiento de los diplomas de medicina por medio de acuerdos bilaterales y planificar una prospección de médicos de familia en Sudamérica, en virtud de la enorme escasez de esos profesionales en el país.

> «Como se sabe, desde 1999 y hasta 2005, la carencia de médicos de familia en Portugal era suplida principalmente por españoles, ya que los portugueses licenciados en medicina buscaban rápidamente una especialización, para garantizar mejores salarios.
>
> Como el gobierno lusitano no está más integrando esos profesionales inmigrantes en el funcionalismo público, además de retirarles la estabilidad y remunerarles 40% menos que los funcionarios, el abandono de médicos extranjeros fue acentuado».

Sería necesario, por tanto, el establecimiento de un sistema eficaz de validación de certificaciones profesionales y títulos de educación formal, que no siempre interesan a los países receptores por las presiones que existen en una disimulada reserva de mercado.

Además, no todos los países han ratificado los convenios números 97, 111 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo sobre «trabajadores inmigrantes y discriminación», así como la convención internacional sobre la «protección de los trabajadores inmigrantes y sus familias» de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Aparte de la fuga de cerebros, el constante flujo migratorio implica un punto temático importante que relaciona los inmigrantes y la división internacional del trabajo y de los cuidados.

A diferencia de épocas pasadas, cada vez más mujeres emigran solas y, cuando llegan, ocupan los nichos de trabajo más precarios, poco remunerados y menos reconocidos, como el trabajo doméstico, el cuidado y la atención a terceros (especialmente a personas mayores).

Se trata de la *feminización* de la inmigración. Según la Organización de las Naciones Unidas, alrededor del 53,64% de los inmigrantes actuales son mujeres, aunque constituyan minoría como solicitantes de asilo.

Las tareas que cumplen esas mujeres cubren un amplio abanico de actividades: trabajadoras domésticas, mucamas, cuidadoras de personas enfermas y de mayores, agricultoras, camareras, trabajadoras en fábricas, artistas del entretenimiento, trabajadoras del sexo, recepcionistas etc.

En menor proporción están las que han superado las trabas burocráticas y la desconfianza foránea y se dedican a profesiones como enfermeras y maestras, por ejemplo.

Los servicios de *care* y domésticos son ocupados mayoritariamente por mujeres inmigrantes. Estudios señalan que la mayoría de las mujeres que trabajan en los servicios domésticos en los países receptores tienen título superior. De ahí la expresión *care drain* y *brain drain*.

IV. LAS MUJERES LATINOAMERICANAS Y LA MIGRACIÓN: ALGUNOS ASPECTOS

América Latina ha vivido, en las tres últimas décadas, un proceso de deterioro de sus condiciones de vida debido, en parte, a la reestructuración económica impuesta por el modelo neoliberal forzado por Estados Unidos de América.

Los dos organismos internacionales creados en Bretton Woods, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial (ambos controlados políticamente por EE.UU.) también han promovido fuertemente el neoliberalismo en América Latina, por medio de sus recetas financieras, condiciones «obligatorias» para poder acceder a sus préstamos.

La ampliación de ese modelo acabó por generar un aumento de los niveles de pobreza, reducción del Estado, cortes presupuestarios, privatizaciones con auto-regulaciones que implicaran cortes profundos de empleos, reducción de sueldos etc., ocasionando una gran crisis en la reproducción social de la zona.

Evidentemente, el poder de intervención económica del Estado se ha visto disminuido, ya que el corolario del modelo neoliberal es hacer creer en la eficiencia de los mercados libres.

En ese contexto de regulación y transformación económica en sus respectivos países de origen, muchas de esas mujeres han emigrado para Europa y se han involucrado en actividades que (después de treinta años de reivindicaciones feministas) los Estados aún no han desarrollado convenientemente: servicios públicos suficientes para cuidar de niños y de personas dependientes. De ese modo subsiste la división sexual de las tareas domésticas.

Hasta ahora, la comunidad internacional, así como funcionarios públicos, aún no tienen una percepción clara de cuánto aportan las mujeres inmigrantes a la economía y al bienestar social de las poblaciones que viven en los países de origen y de destino.

> «Aún es muy precaria la formulación de políticas que reconozcan los problemas particulares y los riesgos que corren estas mujeres cuando cruzan las fronteras hacia otros países.
>
> Cuando estallan conflictos armados, son en gran medida las mujeres y las niñas quienes absorben la carga de atender a los niños, a los ancianos y a los discapacitados. Las milicias armadas suelen hacer víctimas de violación a las mujeres y a las niñas.
>
> Muchas de ellas se ven obligadas a soportar embarazos no deseados, infección con el VIH, lesiones y enfermedades del aparato reproductor. Se estima que, en cualquier momento, un 25% de todas las mujeres refugiadas en edad de procrear están embarazadas.
>
> Uno de los problemas relacionados con la inmigración es el desabastecimiento de importantes sectores de la vida social del país de origen por la falta de profesionales del área.
>
> Así, la migración de las profesionales de la salud produce el deterioro de los sistemas de salud de los países más pobres. Estudios recientes señalan que la intencionalidad de migrar hacia el extranjero se da entre las trabajadoras de la salud que residen en las regiones donde son más altas las tasas de VIH/SIDA (68% en Zimbabwe y un 26% en Rwanda).
>
> La posibilidad de transformación de la calidad de vida de las poblaciones de los países de origen de las mujeres inmigrantes puede llegar a tener un costo muy alto, que nos lleva al lado más oscuro de las migraciones».

Si del lado del país de origen el costo social y económico es muy elevado, en el país de destino la situación personal de esas mujeres –y del colectivo en general– también es desolador.

I

Desde la esclavitud de las víctimas de trata (aunque existan diversos tratados internacionales para evitarlo), hasta la explotación de las trabajadoras domésticas, hay millones de mujeres inmigrantes corriendo riesgos que dan pruebas de la carencia de protecciones sociales adecuadas a sus derechos y de la ausencia de oportunidades para inmigrar sin riesgo y legalmente.

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en todo el mundo hay 2,45 millones de víctimas de la trata que trabajan en condiciones de explotación. Se estima, que cada año hay entre 600.000 y 800.000 mujeres, hombres y niños que son objeto de trata a través de fronteras internacionales; de ellos, un 80% son mujeres y niñas.

Muchas de esas mujeres se ven forzadas al trabajo sexual, a las tareas domésticas no legisladas, o a trabajar en fábricas en donde se las explota. La trata de personas constituye hoy el comercio ilícito que ocupa el tercer lugar entre los más lucrativos, después del contrabando de drogas y el de armas. Se estiman entre 7.000 millones y 12.000 millones de dólares estadounidenses por año.

Pero esos montos reflejan solamente las utilidades de la venta inicial de personas. Según estimaciones de la OIT, una vez que las víctimas han llegado al país de destino, los sindicatos delictivos obtienen otros 32.000 millones de dólares anuales, la mitad en países industrializados y una tercera parte en países de Asia. Casi una tercera parte de todos los inmigrantes internacionales está constituida por jóvenes de entre 17 y 24 años de edad.

Dejando de lado el tema de la trata, volvamos la atención a la necesidad de emigrar. Esa se despierta en los jóvenes por la falta de trabajo, de expectativas, por querer seguir estudiando, entre algunos ejemplos. Evidentemente, las mujeres jóvenes son las más vulnerables ya que corren mayor riesgo de violaciones y otras formas de violencia por motivos de género.

Es preciso revisar las políticas de migración desde una perspectiva de género y derechos humanos. Las políticas que hacen caso omiso de las diferencias fundamentales entre hombres y mujeres en cuanto a la experiencia de la migración, probablemente, han de fracasar.

Necesario también eliminar las disposiciones discriminatorias en diversos países de origen y velar por que las mujeres tengan realmente iguales oportunidades de migrar en condiciones legales y de seguridad; así se podría contribuir a reducir la explotación, la inmigración irregular, el contrabando y la trata de seres humanos.

Una pequeña observación. Con frecuencia, las mujeres inmigrantes tienen condición de «familiar a cargo». Sus visados y su permanencia en un país dependen de sus esposos, de otros parientes masculinos, o de sus empleadores.

En algunos países, esta situación de las mujeres casadas también significa que no se les permite trabajar, con lo cual se agrava su dependencia y su vulnerabilidad.

Aunque políticamente sea ese un tema de gran magnitud en diversas regiones del mundo, incluyendo Europa, bajo una óptica de los derechos humanos, todas las personas (sea cual fuere su condición de regularidad administrativa) merecen tener acceso a los servicios y a la protección social.

La pobreza y las limitadas oportunidades impulsan a muchas mujeres a buscar en el extranjero nuevas perspectivas de vida. A veces lo intentan mediante potenciales esposos supuestamente más pudientes, como se pone de manifiesto en el comercio mundial de novias, muchas procedentes de la Federación Rusa, Asia y Sudamérica.

V. MUJERES BRASILEÑAS, MOVILIDAD EN BRASIL Y MIGRACIÓN

En lo que concierne a la mujer brasileña, sea por su exuberancia física y exotismo, sea por el interés que despiertan en el público masculino, muchas optan, en situaciones de pobreza y/o para ganar dinero rápido o aun por ser víctimas de engaños o de trata de mujeres, por ejercer la prostitución.

Es habitual que se las vean en clubes de alternes por Europa, EE.UU. y Japón. Normalmente no suelen quedarse por mucho tiempo en el país, ya que concretamente esas mujeres quieren ahorrar dinero lo más rápido posible para la adquisición de una casa propia en Brasil.

Allí, las dificultades burocráticas características de América Latina, la muy rigurosa selección del potencial solicitante de créditos/préstamos por parte de la entidad bancaria y las increíblemente cambiantes reglas de financiamiento para la adquisición de casa propia, impiden un mayor acceso a ese tipo de consumo, existiendo una inmensidad de tierras en el país.

Lo que pasa es que, aunque las ciudades del interior de algunas provincias (especialmente en las del sur y sureste del país) suelen ser desarrolladas y con una calidad de vida casi siempre superior a la de las grandes urbes (o sea, cuentan con buena infraestructura, buenas instituciones de enseñanza superior y buen clima por las características geográficas propias), los brasileños tradicionalmente desean vivir en grandes (y caóticas) urbes.

Aquí entra algo curioso en lo que concierne a los desplazamientos humanos internos: habitualmente las migraciones internas de carácter económico, desde las provincias del norte y nordeste brasileño (acordar que el presidente Lula da Silva es un desplazado económico interno) son para las megalópolis como Sao Paulo, Río de Janeiro, Belo Horizonte (Minas Gerais), etc.

Sin embargo, y en el flujo contrario, «paulistanos», «cariocas» y «mineiros» cada vez más buscan ciudades menores en provincias del Norte y Nordeste o en provincias del sur del país.

Bellas playas, fiestas diarias, sol casi todo el año, entretenimientos diversos, urbanizaciones cerradas bellísimas, vida mucho menos ajetreada y coste de vida más bajo parecen ser suficientemente convincentes para quien tiene cierto padrón económico mejor.

En ese momento hay un desplazamiento interno hacia la provincia de Santa Catarina relativamente fuerte, hasta el punto de que los moradores de la isla de Florianópolis realizaren manifestaciones pidiendo el cierre de la isla contra la «invasión» de paulistas.

De un modo general, las grandes ciudades brasileñas suelen ser buscadas por los migrantes internos: ofrecen todo tipo de ofertas de ocio y entretenimiento, así como una oferta mucho mayor y mucho más diversificada de empleos en muchas áreas del conocimiento.

Sin embargo, en esas grandes ciudades, la disponibilidad de espacio es cada vez menor, los precios de los inmuebles comparativamente más elevados y las condiciones de acceso más restrictivas.

De ahí la naturalidad con que, en gran parte del territorio brasileño, se concibe sin problemas «vivir en alquiler», hecho que en ese momento se está expandiendo en España, debido a los elevados importes de los préstamos hipotecarios, casi siempre basados en el euribor (aún considerando la actual rebaja de los tipos verificada en noviembre de 2008).

Pero, los brasileños y las brasileñas no suelen salir del país por motivaciones económicas. También los hay, claro, pero constituyen la minoría.

Tradicionalmente y hasta unos cinco o seis años atrás, eran otras las motivaciones para que el brasileño saliera a un país extranjero. Ahora, sin embargo, y paradójicamente, ya que la situación económica ha mejorado mucho en Brasil, suelen venir cada vez más por el motivo económico. Esa contradicción será explicada más adelante.

El hecho es que, con relación a Brasil, la expresiva mejora de la renta en los últimos siete años (estabilidad del cambio y aumento del poder de compra de la clase media, que corresponde al 52% del total de la población) y la fuerte exigencia del mercado laboral brasileño por un segundo idioma (igual que para rangos de nivel no universitario) contribuyen acentuadamente para que un contingente cada vez mayor de personas busquen el exterior.

La participación de estudiantes brasileños en intercambios internacionales de cursos universitarios ha crecido cerca de 15% en los últimos tres años, igual que considerando ser familias de rentas más bajas (entre R$ 1 mil y R$ 4 mil mensuales o sea, entre 342 y 1.370 euros, respectivamente).

> «En eso también contribuyen decisivamente los financiamientos de largo plazo y el aumento en la procura por destinos más baratos. Si antes la prioridad de los estudiantes brasileños (por idiomas) solía ser Australia, ahora es Europa.
>
> A su vez, los programas de intercambio dirigidos a los estudiantes con renta más elevada están diversificando los paquetes, ofreciendo hasta cruceros marítimos. En Brasil, esos programas son conocidos como *work and travel,* en que el estudiante une el curso a un trabajo, previo acuerdo con empresas pactantes del país receptor».

VI. MENTALIDAD MIGRATORIA EN BRASIL. INFRAVALORACIÓN NACIONAL Y DARWINISMO SOCIAL EN LA POLÍTICA MIGRATORIA BRASILEÑA

Existe una característica muy peculiar en los brasileños. El deseo de vivir temporalmente fuera de Brasil como experiencia de vida. Es casi un deseo colectivo encontrado en todas las clases sociales.

Otro aspecto singular de la mentalidad brasileña es de naturaleza marcadamente psicológica.

Especialmente para la clase media de la sociedad brasileña, es muy importante, en lo que concierne a la opción por emigrar, la percepción tradicionalmente negativa de las perspectivas de inserción laboral y consecuente retribución patrimonial compatible con los estudios realizados.

En otras palabras, existe una dificultad y un rechazo muy grande de los brasileños en aceptar permanecer con un estatus social inferior a aquello que juzgan merecer. No suelen conformarse ni se resignan con la idea consubstanciada en la expresión «es lo que hay» presente en algunos otros sitios.

Para las capas medias, la perspectiva de ascender socialmente es un valor y un deseo generalizado y muy poderoso, relegando a un plan visiblemente secundario la retribución financiera por el trabajo. Es un elemento intrínseco y muy curioso de la cultura brasileña.

Como los salarios en Brasil (en el sector privado) suelen ser, de un modo general, comparativamente bajos, ese enorme contingente humano (la inmensa mayoría escolarizada y muchos con nivel universitario y hasta incluso postgrados) desea opositar en concursos públicos o emigrar a otros países.

Gran parte de la culpa de ese deseo por emigrar puede ser atribuida a los varios planes económicos adoptados en la década de los noventa del siglo pasado en Brasil.

Aunque han permitido a las clases más bajas un período de alivio económico, la clase media fue enormemente sacrificada.

Además de la congelación de salarios (mientras los precios de los bienes y servicios se disparaban), los brasileños también han tenido que soportar el «corralito financiero» en que (sin cualquier aviso por parte del gobierno del ex presidente Fernando Collor de Mello), incrédulos, han descubierto que no podían sacar dinero de sus propias cuentas corrientes, depósitos o inversiones (la situación llevó a mucha gente al desespero, con resultados trágicos y muy traumáticos socialmente en el país).

Aparte de eso, fueron editados diversos planes económicos que no han logrado sus objetivos y decenas de medidas que han resultado ineficientes para controlar la inflación de más de 130% al año.

Esa *overdose* de desesperanza (luego después de un largo y duro período autoritario en que los militares han controlado por muchos años el poder político con mano de hierro) ha acentuado la idea ya cristalizada y muy distendida de que en Brasil nada podría dar cierto.

Históricamente esa mentalidad ha llevado a muchísimos brasileños, por varias generaciones, a realzar un fuerte y antiguo sentimiento de infravaloración en relación a la propia condición de nacional de Brasil. Eso tiene relación directa con el perfil del país como gran receptor de inmigrantes a lo largo de su historia.

Infelizmente, ese estudio antropológico y sociológico escapa al objetivo de este pequeño artículo, pero sucintamente mencionaremos que esa idea fue siendo gradualmente consagrada y políticamente deseada mediante una sutil y bien elaborada propaganda ideológica que ha partido del propio gobierno brasileño y que exaltaba la capacidad extranjera e infravaloraba la «capacidad autóctona», y eso siendo el brasileño considerado mundialmente uno de los pueblos más creativos e ingeniosos del planeta.

Hasta hoy, al contrario de lo que suele ocurrir en Europa y EE.UU., los empresarios, en Brasil, prefieren claramente a un extranjero caucásico o asiático a un nacional para ocupar un puesto de rango elevado como, por ejemplo, un cargo directivo.

> «Eso no pasa solamente en la esfera privada. La pública e influyente Fundación de Apoyo a la Investigación del Estado de São Paulo empezó a publicar, en noviembre de 2008, anuncios en la revista británica Nature, visando encontrar investigadores extranjeros interesados en trabajar con biocombustibles en Brasil, para reforzar el Programa de Investigación en Bioenergía lanzado en el mes de julio de 2008.
>
> No deja de ser, como mínimo, curioso, ya que Brasil es líder mundial en biocarburantes, con una tecnología punta reconocida por la propia Organización de las Naciones Unidas.

> Lo que pasa, según las autoridades involucradas en ese proceso de captación de investigadores extranjeros, es que, durante muchas décadas, Brasil ha sido proveedor de cerebros y talentos para diversos países.
>
> Pues ahora, el país desea competir en el mercado científico mundial y tornarse una potencia en diversas ramas de la ciencia. Para eso desea atraer cerebros y talentos extranjeros con ofertas que demuestran el elevado nivel de los laboratorios, condiciones de trabajo, además de becas sustanciales, etc.
>
> Para eso ha revertido, desde el inicio de 2008, la ecuación de dotación presupuestaria. Antes, como suelen hacer muchos países, el dinero para becas se entregaba para el alumno ya seleccionado para el proyecto.
>
> Ahora, los proyectos temáticos ya incluyen dinero reservado para las becas, que puede ser utilizado como "cepos" para atrapar investigadores de otros países, siendo la única exigencia que el coordinador del proyecto publique un anuncio mundial de competencia para la plaza. En los EE.UU., gran parte de los investigadores es extranjera».

En fin, el extranjero es valorado en Brasil más que el propio nacional. Esa postura mental y empresarial tiene raíces que se retrotraen al final del siglo XIX e inicio del siglo XX, cuando las ideas de darwinismo social y eugenia racial han tenido gran prestigio en el pensamiento científico mundial.

En la medida en que esas ideas eran aceptadas y difundidas por la comunidad científica brasileña, el imaginario social y político del país ha pasado a considerar que los brasileños eran incapaces de desarrollar el país por ser, en su gran mayoría, hasta aquel momento, constituida por negros y mestizos.

La política migratoria brasileña pasa entonces a ser planificada no solamente con el propósito de suplir la mano de obra necesaria en sustitución de la mano de obra esclava utilizada (pero con inminente fin por presiones del Reino Unido al Brasil recién liberado del colonialismo portugués) o para colonizar los territorios poco ocupados. Ella deseaba también «blanquear» la población brasileña.

En ese proceso, supuestamente, los negros y mestizos desaparecerían gradualmente de la población brasileña por medio de la miscegenación con las poblaciones de inmigrantes europeos.

VII. EL ENTORNO ECONÓMICO EN BRASIL

Es importante dejar claro, para efectos de emigración brasileña, que la clase media ha sido la más sacrificada en los años ochenta y noventa del siglo pasado.

La percepción de la realidad social y económica por parte de las capas medias y bajas de la sociedad brasileña era la de que existía una concentración absurdamente grande de poder económico por parte de una muy reducida clase rica.

Esa imagen estereotipada sigue siendo muy marcada en el exterior, así como lo es para gran parte de la población brasileña. En otras palabras, muy pocos ricos, una clase media asfixiada y una inmensa mayoría dividida en pobres, muy pobres y miserables.

Delante de esa situación real o parcialmente imaginada y psicológicamente potenciada, el interés por vivenciar una etapa de la vida fuera del país natal ganaba aún más atractivo.

A cada nuevo fracaso de los planes gubernamentales para reducir la inflación galopante el interés por salir del país aumentaba.

Al fin y al cabo, Brasil «no podría dar cierto», sería siempre el gigante adormecido y el país del futuro, para emplear la expresión del escritor vienense Stefan Zweig en su obra: «*Brazil: A Land of the Future*».

Cabe aquí mencionar que, aun siendo Brasil un país de grandes contrastes económicos y una pésima distribución de la renta, la situación ha mejorado sensiblemente a lo largo de los últimos años.

Abro un apartado para ofrecer al lector un panorama de la situación micro económica actual en Brasil.

La población brasileña es, según datos de 2008, de casi 192 millones de personas (191.908.598).

Desde el inicio del gobierno del actual presidente Luiz Inácio Lula da Silva, la pobreza ha descendido del 35% de la población (en 2003) hasta el 24,1% en 2008. Los «pobres» con ingresos mensuales inferiores a 370 euros cayeron del 46,13% al 32,59% desde 2004 hasta 2008.

La clase media ya representa el 52% de la población económicamente activa (representaba el 42% en 2004). Clase media es aquella cuyos miembros tienen una renta mensual de entre 1.064 reales (unos 370 euros) y 4.591 reales (unos 1.597 euros).

Su crecimiento es un reflejo directo del aumento del número de personas con empleo formal, que en el primer semestre de 2008 fue de un récord de 1,3 millones de nuevos puestos de trabajo.

Cerca de cuatro millones de personas han podido superar la línea de la pobreza entre 2002 y 2008 e ingresaron en una clase media emergente. Ahora mismo, Brasil, Rusia, India y China (los denominados países BRIC) son los emergentes por excelencia en el escenario internacional.

Si de una parte el crecimiento de la economía (del 5,4% solamente en 2007 y valores similares en los años anteriores) y el progresivo aumento del empleo en los últimos años han contribuido significativamente para la mejora social (el desempleo actual es de 7,8%), por otro lado, los premiados programas sociales puestos en marcha por el presidente de la República, desde que asumió sus funciones en 2003, han alzado para arriba a once millones de familias pobres distribuyendo subsidios para ayudarlas a mejorar su renta.

A propósito, estamos considerando como por debajo de la línea de pobreza a las personas que tienen una renta *per capita* mensual igual o inferior a medio salario mínimo, es decir a 207,50 reales (unos 72 euros, en 28 de octubre de 2008).

En relación a los indigentes (éstos definidos como quienes reciben ingresos mensuales inferiores a un cuarto del salario mínimo: 103,75 reales o unos 36 euros), ese grupo se redujo en un 48,3% al pasar desde el 13,7% de la población en 2003 al 6,6% en 2008. Ello significa que unos tres millones de personas superaron la condición de indigente.

Las capas más abonadas de la población brasileña se pueden dividir en «ricas» y «muy ricas».

Las primeras son las que ingresan más de R$ 4.591,00 (unos 1.597,6721 euros) al mes. Esos han pasado del 11,61% de la población económicamente activa en 2004 al 15,52% en 2008.

Sin embargo, la población considerada muy rica (con ingresos mensuales superiores a 16.600 reales o 5.843 euros) se tornó todavía más concentrada, al disminuir del 1% de la población en 2003 al 0,8% en 2008, pese a que el número de ricos aumentó en términos nominales en el año 2007.

A su vez, la población chabolista en Brasil ha aumentado 42% en los últimos 15 años y alcanza casi 7 millones, según datos de 2007 divulgados por el Instituto de Investigación Económica Aplicada, con base en la Investigación Nacional de Domicilios del Instituto Brasileño de Geografía. Las chabolas de madera pertenecen a la memoria histórica y colectiva. Ellas suelen ser de ladrillos, al menos parcialmente.

En 1992 había 4.914 millones de personas viviendo en «favelas» dentro de áreas urbanas (3,2% de la población brasileña). En 2007, ese número ha pasado a 6.977 millones (3,6% de la población), gran parte concentrada en las regiones metropolitanas de São Paulo y Rio de Janeiro (especialmente en la zona extra radio de la ciudad en el caso de esa última).

Lamentablemente, con base en varios puntos de observación de las condiciones de vivienda (que llevan en consideración, por ejemplo, el acceso a servicios de saneamiento, el material de construcción y el número de personas que duermen por cómodo), se ha concluido que 54,6 millones de personas en las ciudades viven en situación inadecuada. Eso equivale al 34,5% de la población urbana.

El problema que atinge el mayor número de personas es la falta de saneamiento sanitario. Son más de 30 millones de personas en las ciudades sin acceso a red de alcantarillas (especialmente en zonas del norte del país).

El saneamiento básico ha sido apuntado como una de las prioridades del gobierno Lula da Silva y, en 2007, ha subido de 54,4% a 57,4% la parcela de población urbana con acceso a esa red. Ha sido el mayor aumento en los últimos 15 años, con más de 5,9 millones de personas atendidas.

A su vez, 51,3% de los domicilios en la zona rural del país tienen acceso a las redes de alcantarilla (las demás suelen utilizar pozos negros y fosas sépticas).

El resultado aún no refleja las inversiones públicas del Programa de Aceleración del Crecimiento (PAC) –prioridad política del gobierno federal que abarca infraestructura energética, de transportes etc. y que, según el propio presidente Lula, no se reducirá a consecuencia de la crisis financiera internacional–.

Se contempla R$ 4,6 billones por año (1.681.674.820 billón de euros) para los próximos cuatro años en proyectos de habitación para solucionar el problema de las infra-viviendas, eso contando solamente con los recursos del presupuesto de la Unión Federal. Estados federativos y municipios también van a participar con recursos propios.

Así que, desde el punto de vista jurídico, aún estamos lejos del cumplimiento de las metas de desarrollo del milenio, establecidas en el año 2000 por los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas. Hasta ahora, en relación al crecimiento de las chabolas, la política habitacional no está logrando solucionar ese grave problema.

De cualquier modo, en el período establecido entre 1992 y 2007, la mayoría de los indicadores vinculados a las condiciones de vivienda en Brasil ha mejorado, con excepción del número de brasileños que viven en favelas y los que tienen gastos considerados excesivos con alquileres.

> «Una curiosidad no muy conocida que he deseado comentar: oficialmente, la primera "favela" fue la del "morro" de la Previdencia, surgida en 1897 en el centro de Río de Janeiro.
>
> Todo ha empezado cuando cerca de 10 mil soldados que habían participado en la Guerra de Canudos, en el interior de Bahía, han desembarcado en la antigua capital del país (Río de Janeiro). Esos soldados reivindicaban que el gobierno construyese y cediese gratuitamente casas para los veteranos del conflicto.
>
> Sin dinero para hacer esos alojamientos, el gobierno había permitido la construcción de varias edificaciones precarias de madera en ese "morro" (elevaciones de terreno de poca monta), que estaba justamente detrás de una sede militar.
>
> Cuanto al nombre, todo indica que los primeros moradores del "morro de la Previdencia" han llamado al sitio asignado por el gobierno como "Morro da Favela" por referencia a un "morro" de mismo nombre que existía en Canudos, recubierto por un arbusto también llamado "favela". Con el paso del tiempo, la palabra se ha convertido en sinónimo de una realidad habitacional precaria.
>
> En tiempo, la guerra de Canudos concierne a un serio conflicto que ha tenido origen en la zona de Canudos, en las áridas tierras del noroeste de Bahía, en la época una zona muy pobre con una población sin derechos compuesta principalmente por antiguos esclavos negros, indígenas y mestizos.
>
> Ese grupo, insatisfecho con la República recién instaurada en Brasil (declarada el 15 de noviembre de 1889 después de un golpe de Estado contra el Emperador don Pedro II), se opuso fuertemente al nuevo sistema político.
>
> En este escenario apareció un "predicador espiritual" llamado Antônio Vicente Mendes Maciel, conocido por "Antonio Conselheiro" que, después de deambular por las provincias de Ceará, Pernambuco, Sergipe y Bahía decidió, en 1893, establecerse con sus seguidores en la granja de Canudos, cerca del río Vaza-Barris, en la localidad de Belo Monte (pero que ha pasado a la historia como Canudos, nombre dado por los enemigos republicanos por el tipo de bambú que allí crecía y, al mismo tiempo, negarle el carisma de su verdadero nombre). Las expediciones militares llevadas a cabo contra esa zona contraria a la República se han denominado "Guerra dos Canudos"».

Según ese mismo análisis mencionado, 3,4% de los moradores de áreas urbanas –o 5,4 millones de personas– gastan más de 30% de la renta con el alquiler, lo que en Brasil es considerado excesivo.

En las metrópolis, el Distrito Federal registra la peor situación. La porcentaje de la población que compromete más de la tercera parte de la renta en alquiler en la capital (6,9%) supera el de São Paulo (4,8%) y el de Río de Janeiro (4,5%).

Como hemos mencionado anteriormente, la situación ha mejorado y, paradójicamente, ha incrementado el número de emigrantes brasileños que se trasladan a otros países por razones económicas.

La respuesta es que esa capa de la sociedad antes excluida del mercado de consumo ahora tiene acceso a bienes y hasta a billetes aéreos, lo que era impensable hasta pocos años atrás.

A lo largo de sus vidas, esas personas desarrollaran frustraciones y hostilidades en relación a Brasil, como ente abstracto. Ahora que tienen la oportunidad y, sabedores que con su baja calificación educacional y profesional poco ganarán allí, salen del país e intentan su vida en otros

parajes, donde podrán trabajar con actividades de baja calificación pero ganando mucho más que ganarían en Brasil. Esas personas son las responsables del creciente número de remesas de dinero desde el exterior al Brasil.

Interesa observar también que, desde hace décadas, brasileños de clases económicas elevadas suelen dejar el país por la inseguridad existente, especialmente, en las grandes ciudades, ya que en Brasil abundan los secuestros (de tipología tradicional y los denominados *express*), los homicidios y los latrocinios.

El hecho es que, en ese momento, el gobierno brasileño está considerando, por primera vez, el flujo migratorio de sus nacionales hacia el exterior. Hasta se habla, exageradamente, de «diáspora brasileña» y se estima en 3 millones los brasileños residentes fuera del país en la actualidad.

Esa mayor sensibilidad se ha hecho sentir en la I Conferencia sobre las Comunidades Brasileñas en el Exterior, titulada «Brasileños en el Mundo», realizada en Río de Janeiro los días 17 y 18 de julio de 2008, con la participación de autoridades públicas y especialistas.

A su vez, se está tramitando en el Congreso brasileño la propuesta de enmienda constitucional núm. 5/05 que determina que los brasileños residentes en el exterior deberán (la votación en Brasil es obligatoria) votar y elegir diputados federales que los representen. Actualmente, la legislación electoral de Brasil solamente permite a los residentes en el exterior votar para presidente de la República.

Retomando el tema después de ese breve apartado y considerando el aspecto relacionado con los emigrantes económicos recientemente constatados, otro aspecto que debe ser resaltado, en cuanto a la naturaleza del emigrante brasileño, es el de que, en su mayoría, suele ser constituida por personas urbanas.

Al contrario de lo que suele pasar con muchos otros colectivos de inmigrantes en la Unión Europea, predominantemente conformado por personas de escasos recursos económicos (la percepción actual hacia esos inmigrantes es la de motivación económica, migración económica) y/u oriundas de zonas rurales, el brasileño emigrante, generalmente, ha nacido y se ha criado en urbes, muchas de ellas con más de 500.000 habitantes.

Puede parecer curioso ese dato pero, por motivos históricos, la inmensa mayoría de los campesinos en Brasil es descendiente de inmigrantes que para allí se han trasladado, especialmente alemanes, japoneses e italianos, para sustituir con mano de obra libre la mano de obra esclava de los negros llevados al Brasil por Portugal desde sus ex colonias en África.

Esos campesinos inmigrantes y sus descendientes muy raramente salen de Brasil aunque, en fecha relativamente reciente, han empezado muchos el camino de regreso a la patria madre (migración de retorno).

Sin embargo, Brasil siempre ha sido uno de los más importantes países receptores de inmigrantes en el mundo.

VIII. FORMACIÓN ÉTNICA EN BRASIL (AMERINDIOS Y MAMELUCOS)

Brasil es un país tremendamente cosmopolita y con inmenso mestizaje. Los inmigrantes han integrado la propia formación étnica brasileña. El pueblo brasileño está formado por la mezcla de europeos, africanos y asiáticos y, en menor escala, los amerindios.

La migración en Brasil: aspectos básicos

Ni los mismos indígenas en Brasil (los pueblos indígenas brasileños comprenden un gran número de distintos grupos étnicos) son –o eran– autóctonos, según las teorías más consagradas en la comunidad científica.

De hecho, estudios e investigaciones indican que los «autóctonos brasileños», los «amerindios» (al igual que todos los de América precolombina), descienden de pueblos nómadas oriundos de Asia, concretamente de la región de Siberia.

Según esa tesis, consagrada sin divergencias, durante la última glaciación antropológica del planeta (conocida como «glaciación de Würm» en Europa y como «glaciación de Wisconsin» en América), que finalizó la época geológica del Pleistoceno (corresponde al Paleolítico arqueológico), hace aproximadamente 12.000 años, ocurrió un fuerte descenso de los océanos (cerca de 90 metros) que permitió que humanos y animales atravesasen a pie el Estrecho de Bering (Puente de Beringia: el territorio que abarcaba Siberia en Asia, Alaska en América y la mayor parte del actual Mar de Bering en el Océano Pacífico) y llegasen por primera vez a América (del Norte), separándose entonces en distintas direcciones.

En lo que se refiere a Brasil, particularmente, se tiene comprendido que la mayoría de las tribus nativas que habitaban el territorio antes del año 1500, cuando ha sido oficialmente declarado el descubrimiento por Portugal, desciende de la primera oleada de inmigrantes, quienes habrían llegado a América hacia el año 9000 a. C. durante la última era glacial, alcanzando la cuenca del Amazonas alrededor del 6000 a. C., tras haber pasado el istmo de Panamá.

Hay también una segunda hipótesis, más reciente, que se apoya en descubrimientos de esqueletos en Lagoa Santa (Minas Gerais) que han evidenciado diferenciaciones morfológicas entre el genotipo asiático y el aborigen americano, más similar al de los indígenas de África y Australia.

Estos habitantes primigenios posteriormente habrían sido desplazados por los inmigrantes siberianos, siendo los nativos de la Patagonia y la Tierra del Fuego los últimos representantes de estas poblaciones aborígenes.

Lo que queremos enseñar es que, desde el principio, Brasil fue tierra de inmigrantes, en su sentido antropológico y posteriormente jurídico.

En el período histórico que nos interesa, debemos explicar que, durante el inicio de la efectiva colonización portuguesa en Brasil, por volta de 1516 (con la orden del monarca de Portugal, Manuel I de Aviz, «El Afortunado», de distribuir, gratuitamente, oficios a los portugueses dispuestos a poblar Brasil), y a lo largo de parte del siglo XVI, las poblaciones colonizadoras se concentraban en el litoral, por el miedo de los colonos al bosque y a los indios que con frecuencia les atacaban.

> «Algunos historiadores, sin embargo, afirman que la colonización ha empezado alrededor de 1530, cuando comenzó la cultura de la caña de azúcar y la instalación de rudimentales factorías denominadas "engenhos", para la fabricación del azúcar».

En esa primera etapa llegaban pocas mujeres portuguesas al Brasil. Fue el primer período de miscegenación en el país generado, principalmente, por las sistemáticas violaciones de las indias brasileñas por los hombres portugueses.

El resultado fue el surgimiento de una segunda generación, denominada «mameluco» constituyente de la etnia brasileña a partir de entonces.

> «Aunque se emplee el mismo término, nada tiene que ver con los esclavos, en su mayoría de origen turco, procedentes de Asia Central y que servían como criados domésticos y, eventualmente, soldados, para los califas musulmanes y por el Imperio Otomano».

Los mamelucos brasileños conocían tanto el portugués como la lengua nativa de los indígenas ubicados en la misma zona geográfica y así tenían facilidades para relacionarse con las tribus locales.

Algunos se han convertido en importantes «bandeirantes» (como Francisco Dias Velho), cuya función era la de, a partir del siglo XVI, penetrar en los territorios interiores del continente americano, partiendo de San Pablo de Piratininga (en São Paulo), posiblemente la única que no se encontraba en el litoral.

Como estaban aislados del comercio y las alternativas económicas eran prácticamente inexistentes en ese sitio enclavado sobre el altiplano que se alcanzaba al subir la «Sierra del Mar» en el litoral paulista, los colonos-bandeirantes (ahora mayoritariamente mamelucos) han erigido como actividad principal atacar a los indígenas para hacerlos esclavos y venderlos en las regiones productoras de azúcar. La minería y la agricultura eran sus actividades secundarias. Los indígenas tupís participaban en esas expediciones, denominadas «bandeiras» y constituían entre el 80% y 90% de sus miembros.

Los «bandeirantes» han llevado las fronteras de la América portuguesa mucho más allá de las establecidas en el Tratado de Tordesillas, de 7 de junio de 1494, firmado entre Isabel y Fernando, reyes de Castilla y León, y Juan II, rey de Portugal, en virtud del cual se establecían un reparto de las zonas de conquista y anexión del nuevo continente mediante una línea divisoria del Océano Atlántico y de los territorios adyacentes.

Esas expediciones patrocinadas por el gobierno portugués asumieron carácter militar y ya tenían la finalidad, además de apresar indios para venderlos, hallar metales preciosos, explotar económicamente riquezas naturales y expulsar a los jesuitas de la Compañía de Jesús, orden religiosa católica romana, fundada en 1534 por el vasco Iñigo López de Loyola (conocido posteriormente por Ignacio de Loyola), cuyos miembros, misioneros en el interior del país, se tornaran enemigos de los «bandeirantes», debido a sus acciones violentas contra la población indígena, llegando a entrar en combate armado muchas veces en conjunto con los indios, a quienes armaron y entrenaron militarmente.

Si antes de ese momento histórico Portugal no había mostrado demasiado interés por Brasil, pues estaba en auge el comercio de especias, especialmente la pimienta y la nuez moscada, dejando a un segundo plano la explotación del «palo Brasil» del litoral brasileño (árbol de donde se extraía una sustancia colorante, usada para teñir tejidos y cuya madera, de gran resistencia, era usada para mobiliario y en la construcción de barcos), a partir del siglo XVI, cuando los jesuitas empezaron a fundar misiones en el interior para catequizar a los indígenas, el gobierno portugués empezó a realizar las expediciones mencionadas y consolidar el territorio con base en el principio jurídico del *uti-possidetis*.

Si por un lado en ese período se incrementó mucho la miscegenación racial en Brasil, especialmente por las sistemáticas violaciones de las mujeres indígenas por portugueses, mamelucos e indígenas de tribus distintas integrantes de las «bandeiras», por otro, decenas de millares de indios murieron y sociedades originales se han extinguido como consecuencia del contacto con los europeos (acción armada, contagio de enfermedades traídas de Europa y desconocidas

en América: gripe, sarampión, tos ferina, tuberculosis y viruela). Hasta el siglo XIX se regalaban a indígenas ropas infectadas con la viruela para que enfermasen y/o muriesen y así poder tomar posesión de sus tierras.

Según datos demográficos estimativos en el año 1500 existían cerca seis millones de indígenas (repartidos en más de 1.000 tribus) en Brasil (se estima que sólo en la cuenca amazónica existieron unos 5.600.000 habitantes).

Hoy en día son cerca de 460.000, repartidos en 227 sociedades indígenas y correspondiendo aproximadamente al 0,25% de la población total brasileña.

Esos son los que viven en aldeas. Se estima entre 100 y 190 mil los que residen fuera de las tierras indígenas, incluyendo áreas urbanas. Además hay 63 referencias de indios aún no contactados por el gobierno brasileño.

Actualmente, más de la mitad de la población indígena está localizada en las regiones Norte y Centro-Oeste del país, principalmente en el área de la Amazonia. Sin embargo, sigue habiendo población indígena en todas las regiones brasileñas, en mayor o menor número, exceptuando los estados de Piauí y Rio Grande do Norte.

Tribus como los munduruku, pirahã, xokó, karajá, guenoa, tupinambás, tupiniquins, aimorés fueran diezmados durante el período en que el país fue colonia de Portugal hasta su independencia el 7 de septiembre de 1822, cuando el país se torna una monarquía constitucional (Brasil Imperio), que ha durado hasta 15 de noviembre de 1889 cuando, por un golpe militar liderado por el republicano Deodoro da Fonseca, se inició la «Republica dos Estados Unidos do Brasil».

Desde 1910 existe el Servicio de Protección al Indio. Hoy en día los derechos de los indígenas están consagrados fuertemente en la Constitución Federal de 1988, habiendo, en el segundo semestre de 2008, una decisión importante de la Justicia brasileña consagrando como indígenas, territorios donde actualmente está parte de la usina hidroeléctrica de Itaipú, la mayor del mundo. Además de diversas normas jurídicas, existe también el Estatuto del Indio (Ley Federal núm. 6.001, del 19 de diciembre de 1973).

IX. FORMACIÓN ÉTNICA EN BRASIL (NEGROS)

Desde el siglo XIII los europeos conocen el azúcar. El problema era su precio, pues producido en el extremo oriente, llegaba a Europa en pequeñas cantidades. Entre los siglos XV y XVI los portugueses han decidido cultivar la caña en sus islas africanas.

En 1532, Martim Afonso de Sousa ha creado el primer «engenho» en Brasil, repartiendo tierras para que los colonos mamelucos y portugueses cultivasen la caña de azúcar.

Alrededor de 1550, Brasil ya era el mayor productor mundial de azúcar. En el nordeste del país (especialmente en Pernambuco), ha encontrado excelentes condiciones de clima y suelo y se han instalado decenas de haciendas y «engenhos».

Los holandeses, que comercializaban el azúcar producido por los portugueses en las islas atlánticas desde el siglo XV, actuaban en Brasil prestando el capital, pero exigiendo a cambio los derechos de refinación y distribución en el mercado europeo. Retiraban el azúcar en Lisboa y lo

repartían en Europa, especialmente en Francia, Reino Unido y regiones del Báltico, quedando con la mayor parte de la renta generada por la empresa azucarera brasileña.

Durante el período de la expansión azucarera, Portugal utilizó inicialmente el trabajo esclavo de los indígenas capturados. Esos, sin embargo, pronto se han revelado inaptos para eso.

Con el monopolio en la producción azucarera entrando en decadencia con el inicio de la producción en las Antillas y el precio del producto en el comercio internacional bajando, Portugal pasa a tener un interés mucho más contundente con la colonización de las tierras en Brasil. Era una necesidad política.

La ausencia (y los costos) de mano de obra excedente en la península ibérica en la época, han llevado a Portugal a optar por la introducción de la mano de obra esclava africana (negra), aprovechando sus posesiones y colonias en el viejo continente. Fueron llevados cerca de 3 millones de negros, a partir de la segunda mitad del siglo XVI, para que trabajaran como esclavos en Brasil.

Esa mano de obra ha sido empleada fuertemente en la exploración de minas y en la producción de artículos agrícolas tropicales pero, sobre todo, en la industria azucarera que Portugal deseaba mantener e intensificar. El proceso de formación de renta y acumulación de capital se ha dado con gastos en equipamientos para la industria, adquisición de materiales de construcción y mano de obra esclava.

Después del apogeo de su expansión colonial, Portugal había lentamente decaído a punto de tornarse un Estado periférico en el contexto europeo. Con las guerras napoleónicas, sin embargo, pasa a representar una pieza estratégicamente valiosa para el equilibrio del poder continental.

Napoleón no podía aceptar que, en la extremidad occidental de su imperio se mantuviese una base territorial (Portugal) para el poder británico, una grieta en el bloqueo continental que estaba imponiendo a Inglaterra que, no deseando permitir que se produjera una transformación drástica en el equilibrio europeo, impulsó la formación de la alianza conservadora antinapoleónica, juntamente con Prusia, Austria y Rusia.

No siendo posible preservar el territorio portugués, mismo con la asistencia militar de las tropas terrestres británicas, se tornó indispensable resguardar la Corona como cerne del Estado.

Era necesario mantener el poder real de la dinastía Bragança como verdadera encarnación de la legitimidad del gobierno portugués. Esa lógica ha conducido a la migración de la corte portuguesa a Brasil bajo inspiración y protección de Inglaterra, en 29 de noviembre de 1807.

Evidentemente esa protección tenía un precio y, aún en escala en Salvador de Bahía, en 28 de enero de 1808, antes mismo de llegar a Río de Janeiro, don Juan VI, rey de Portugal, decretó la apertura inmediata de los puertos brasileños al comercio con las «naciones amigas», mediante el arancel único de 24% *ad valorem*.

Fue así que Brasil se inscribiría, a partir de entonces, en el sistema imperial británico que, después de la caída de Napoleón Bonaparte, se implantaría como la fuerza dominante en todo el mundo hasta el siglo XX.

En 1809 los ingleses ya se hallaban en el control de la aduana de Río de Janeiro y en 1810, con la firma del Tratado de Comercio, los comerciantes ingleses pasarían a recibir concesiones comerciales de 15% *ad valorem* contra 16% para Portugal y 24% para los demás países.

Inglaterra, con serias dificultades para dar salida a su producción a consecuencia de la guerra y del bloqueo continental, pasa a exportar casi todo a Brasil, que tiene sus matas devastadas para alimentar las industrias del mobiliario inglés. Para que se tenga idea, en 1812, las exportaciones inglesas para Brasil representaban cuatro quintos de las exportaciones para toda América Latina.

Esas concesiones han impedido el desarrollo de la industria en Brasil a lo largo de todo el siglo XIX y principio del siglo XX, dando a Inglaterra la posibilidad de conquistar y conservar el mercado brasileño después de que terminaren las guerras napoleónicas.

En 1821, forzado por las cortes de Lisboa, don Juan regresa a Portugal, dejando uno de sus hijos con Carlota Joaquina, Pedro I de Brasil y IV de Portugal en territorio brasileño. Ese, en 7 de septiembre de 1822, presintiendo que el poder podría escaparle de las manos, proclama la independencia de Brasil.

Consolidada la independencia formal, era preciso hacerla reconocer por las potencias europeas. Inglaterra se preocupaba con entrabes al comercio y que Portugal no honrase el copioso préstamo que la Casa Rothschild había tomado para armar una escuadra de buques y tentar, sin éxito, subyugar la independencia de Brasil.

Finalmente, don Juan VI cede a Inglaterra y acredita junto a su hijo el enviado británico, sir Charles Stuart, que viaja a Brasil para negociar la independencia llevando bajo el brazo un nuevo tratado comercial cuyas cláusulas secretas contemplaban el pago por parte de Brasil de la deuda que Portugal había contraído en 1823 con la Casa Rotchild para combatir su propia independencia y de una elevadísima cuantía a don Juan, en concepto de compensación por las propiedades que dejara en América. Ese es posiblemente el único caso en la historia en que una potencia vencedora en un conflicto paga una indemnización a una potencia derrotada.

Pues es en ese contexto que Inglaterra, después de que Brasil dejara su condición de colonia portuguesa, empieza a presionar fuertemente el país para eliminar la trata de esclavos negros que, en ese tiempo, suplían las necesidades de mano de obra.

Concretamente en 1850 la Ley Eusébio de Queirós ha prohibido la trata negrera y, a partir de ese momento, empezó a faltar mano de obra en las zonas en que se expandía el cultivo del café, que relevó al cultivo de caña de azúcar. Temporalmente eso fue solucionado, aunque de modo limitado, con la importación de esclavos de la región nordeste de Brasil.

En esta época, en el Oeste de São Paulo, un grupo de hacendados que necesitaban con urgencia de mano de obra esclava defendió el uso de mano de obra libre en las plantaciones, dando inicio a un período marcado por ideas abolicionistas que dieron como resultado la proclamación de importantes normas jurídicas, como la ley del Vientre libre (1871) que determinaba que los hijos de esclavos eran, a partir del inicio de su vigencia, hombres libres y la ley de los sexagenarios (1885) que determinaba que a partir de los sesenta años el esclavo dejaría esa condición.

Era, por fin, el preanuncio de que la esclavitud en Brasil terminaría pronto. Además, la población esclava envejecía sin que la reproducción natural de la población fuese suficiente para suplir la necesidad de mano de obra en los cultivos que se expandían o para colonizar inmensidades de tierras aún inexploradas en el sur del país.

El 13 de mayo de 1888 el Gobierno Imperial, a través de la llamada «Ley Áurea», firmada por la Princesa Isabel, abolió formalmente la esclavitud en Brasil. Tanto tiempo se pasó (desde 1850

hasta 1888) porque las oligarquías paulistas, mineras y fluminenses deseaban mantener la mano de obra esclava.

Hoy en día, 6,3% de la población brasileña es negra (pero entre pardos, mestizos y mulatos corresponden a 42,3% de la población). Aunque expresivos cuantitativamente, negros y mulatos son los más marginados de la población brasileña. Dentro de la estructura social de Brasil, proporcionalmente ellos ocupan la mayor parte de las capas económicamente desfavorecidas.

Es una realidad que, en Brasil, muchas personas de etnia negra acceden a universidades o destaquen como músicos, actores, periodistas, etc. Sin embargo, la diferencia que separa la escolaridad media de la población blanca de la población negra se mantiene constante hace tres generaciones y la tasa de analfabetismo de la población negra es el doble de la tasa de la población blanca.

De cualquier modo, el gobierno brasileño ha editado recientemente una ley que instituye la enseñanza de la historia de África y de la cultura afro-brasileña en las escuelas. Se pretende que la educación contribuya para que el país pueda encontrar una mayor consolidación de su identidad cultural, incluyendo, en vez de excluir, a los negros.

Las fiestas negras son valoradas en Brasil: carnaval, reizados, maracatu y la comida «brasileña» por excelencia es la «feijoada», creada y consumida por los antiguos esclavos negros en el país. Sin embargo, siguen los negros excluidos dentro de la estructura social brasileña.

De un modo general, la pobreza suele cebarse entre los miembros de etnia negra y obliga a una parte de ellos a vivir en chabolas que, muchas veces, están separadas a pocos metros de urbanizaciones cerradas de alto lujo.

Evidentemente, suele haber clima de hostilidad latente por tan llamativo contraste que enfatiza las brutales diferencias de clase en Brasil. Aunque la población chabolista en Brasil es minoritaria, ganan destaque mediático a nivel mundial por las fiestas de Carnaval (fiesta popular –de origen negra– de las capas más bajas de la sociedad brasileña a que, gradualmente a lo largo de los años, se han agregado personas de clases sociales más elevadas) y por ser fuente de futbolistas que vienen a jugar en Europa.

X. FORMACIÓN ÉTNICA EN BRASIL (CAUCÁSICOS Y ASIÁTICOS)

Aparte de los negros y de los amerindios, los europeos han estado muy presentes en Brasil desde hace siglos y, muy especialmente para efectos de ese pequeño estudio, desde el final del siglo XIX y durante la mayor parte del siglo XX. Sus inmensas oleadas hacia Brasil fueron exactamente para cubrir la extrema escasez de mano de obra, ahora libre, que se imponía en sustitución a la mano de obra esclava.

De Europa llegaron principalmente italianos, portugueses, y en menor medida españoles, alemanes, suizos y eslavos (polacos, ucranianos y rusos). También con marcada presencia han entrado en Brasil sirios, libaneses, turcos, judíos etc.

Durante el período de gran inmigración en Brasil (1870-1940), entre los extranjeros que entraron en territorio brasileño, 30% eran italianos, 20% portugueses y 14% españoles.

En la época, la economía brasileña estaba empezando a sufrir un proceso de estagnación, con la decadencia de la producción azucarera en el nordeste del país, la ruina de la cultura del algodón y la reducción de las actividades en minerías.

Con los principales productos de la pauta exportadora del país presentando caídas en el mercado externo, la economía nacional empieza a atravesar un período de menor dinamismo, con la consecuente infra-utilización de instalaciones y transportes preexistentes. Además, había tierras fertiles inexploradas y mano de obra ociosa o semi ociosa.

Con el aumento del consumo de café en Europa y en los Estados Unidos de América y la ruina de los principales productores mundiales de ese item como Java (debido a una plaga) y Haití (por revuelta de esclavos), Brasil opta por incrementar su producción de café, a punto de convertirse en el mayor proveedor del producto en el mercado mundial en pocos años.

Al contrario de la economía azucarera, el cultivo del café ha propiciado el crecimiento político y social de una poderosa burguesía que, además de organizar y dirigir las plantaciones, direccionaban sus atenciones en la adquisición de tierras, en el reclutamiento de mano de obra, en la organización y dirección de la producción, en el transporte interno, en la comercialización en los puertos, en los contactos oficiales y en la interferencia en la política financera y económica.

Sin embargo, la estructura económica y social brasileña había cambiado muy poco con la emancipación política de Portugal y continuaba esencialmente colonial y estructurada para la monocultura. Ese sistema económico ha prosperado mientras producía un producto de gran aceptación en el mercado europeo y cuando no sufría amenaza por la competencia.

El café no exigía grandes y cuantiosas inversiones como el azúcar. Basicamente tierras y mano de obra. Con la mano de obra esclava en extinción y considerando que, tradicionalmente, la mano de obra libre en Brasil no deseaba trabajar la tierra (antes trabajada por esclavos), la solución preconizada ha sido fomentar la inmigración europea para el país. Con el apogeo del darwinismo social, aún en la época imperial se empezó a fundar colonias de inmigrantes.

Los negros libres han pasado a no tener más trabajo, pues ese era ofrecido al trabajador europeo por dos motivos básicos: a) el trabajo asalariado acima de las necesidades de subsistencia como esclavo les conducía a una fuerte preferencia por el ocio y la vaguedad, b) era más ventajoso al propietario ofrecerlo a los inmigrantes europeos, en virtud de las condiciones contractuales onerosas impuestas a esos inmigrantes.

Los esclavos, ahora libres, se han quedado sin condiciones de inserción social y han pasado, desde entonces, a vivir para suplir solamente sus necesidades básicas.

El trabajo asalariado asume en el fin del siglo XIX importancia creciente en Brasil y se edita la ley de locación de servicios en 1879 (Decreto núm. 2.820, de 22 de marzo de 1879, conocida como «Ley Sinimbu» y que modificaba las leyes de 1830 y 1837 sobre relación con los trabajadores extranjeros inmigrantes en el Imperio) marco legal en la experiencia de intervención estatal en materia laboral, característica aún hoy presente en Brasil.

Los inmigrantes europeos (así como los japoneses) venían para Brasil fuertemente ilusionados con la idea de encontrar un paraíso de tierras fértiles y abundantes y que, después de pocos años, podrían regresar a sus países como personas económicamente ricas.

Pero la realidad ha sido distinta. Al llegar, esos inmigrantes eran obligados a firmar contratos de parcería con el importador para trabajar en los cultivos de café en el Estado de São Paulo.

El contratante adelantaba las despesas de transporte desde Europa hacia las colonias de inmigrantes en Brasil y el necesario a la subsistencia inicial. Los inmigrantes se quedaban debiendo el pasaje, el transporte, las comisiones de contrato, etc.

En las colonias, el inmigrante recibía un determinado número de esquejes de café para cultivar y tenía derecho a la mitad del resultado de la venta. Las deudas contraídas con la inmigración eran pagas con interés de 6% al año, no pudiendo el colono dejar de cumplir el contrato antes de saldarlas íntegramente, además de comunicar al contratante con seis meses de antelación. El no cumplimiento del contrato además generaba multa al colono.

Otras cláusulas aparecieron en los reglamentos de las colonias, tales como las que imponían un control disciplinar riguroso, con la aplicación de severas penalidades a los infractores.

Pronto esas experiencias iniciales de trabajo libre del colono inmigrante generarán un descontento acentuado que se expresó con conflictos, huelgas, desacuerdos, denuncias de cobro de tasas abusivas por el importador de mano de obra, rebeldía contra el control disciplinar impuesto en las colonias etc. a punto de Brasil ser acusado de practicar una esclavitud disfrazada.

La Ley Sinimbu obligaba, bajo pena de detención, al hombre libre a buscar trabajo. Se buscaba garantizar a los grandes propietarios de tierras que los costos de importación de inmigrantes europeos fuesen saldados con trabajo y que los inmigrantes no adoptasen una postura vaga y libertina en Brasil. Esa política forzaba los nacionales al trabajo e incentivaba los inmigrantes al trabajo en colonia.

El café ha encontrado en Río de Janeiro (Angra dos Reis y Parati) y en São Paulo (Reis, Caraguatatuba) las condiciones adecuadas para su cultivo. En São Paulo, concretamente, ha prosperado intensamente en el valle del Paraíba, donde ha encontrado adecuadas condiciones geográficas y climatologicas.

Sin embargo, como en el pasado, el cultivo se ha caracterizado por una cultura extensiva y predatoria, llevando el suelo a agotarse prontamente (1830-1880). Con el agotamiento del suelo en el valle, el cultivo se transfirió para el oeste de São Paulo (Campinas, Moji-Guaçu y Ribeirão Preto) por volta de 1880. Enseguida, la cultura se ha expandido para el extremo oeste paulista y ha atingido la provincia de Paraná ya en inicio del siglo XX.

En el oeste de São Paulo, el cultivo ocupaba ininterrumpidamente varios kilómetros de suelo extremadamente fértil oriundo de la descomposición de rocas volcánicas. Además, el producto era beneficiado por un coste menor, en virtud de las redes viarias disponibles.

Con el desarrollo de la economía, el aumento de las exportaciones, el cambio del sistema impositivo con la elevación de las alícuotas arancelarias de 15% para 30% (arancel Alves Branco) desde 1844 y la mejor recaudación para el Estado, se estimuló una ola de emprendimientos urbanos: 62 empresas industriales, 14 bancos, 3 cajas económicas, 20 empresas de navegación a vapor, 23 de seguros, 4 de colonización, 8 empresas para la exploración de minas, 3 de transportes urbanos, 2 de gas, 8 ferrovías.

A) La inmigración italiana en Brasil

Brasil ha implantado políticas de inmigración que privilegiaban los grupos de inmigrantes en conformidad con sus características raciales o religiosas deseadas. Muchos países del mundo preferían el inmigrante del norte de Europa en vez de los que procedían del sur.

Los italianos constituyen el colectivo inmigrante europeo más significativo en Brasil. Se estima en 45 millones de personas, entre inmigrantes y sus descendientes actualmente residentes en el país. Es la más numerosa población de origen italiana en el mundo.

Los italianos han llegado a Brasil en las décadas de 1870 y 1960 (ápice entre 1880 y 1930), especialmente procedentes de Veneto, Campania, Calábria y Lombardia, impulsados por las transformaciones socioeconómicas en curso en el norte de la península itálica, que afectarán sobre todo a la propiedad de la tierra. Brasil fue el único país del mundo donde la mayoría de los inmigrantes italianos procedía de las regiones septentrionales. En el resto del mundo ha predominado el inmigrante meridional.

Curiosamente la inmigración empezó a ocurrir poco después de la unificación de Italia, en 1871. El siglo XIX fue marcado por una intensa expulsión demográfica en Europa con el acelerado proceso de industrialización, afectando directamente las oportunidades de empleo en el continente. Esos motivos, según historiadores, indican que la identidad nacional de esos inmigrantes se ha forjado, en gran medida, en Brasil.

Con el fin de las guerras por la unificación italiana, la economía italiana se encontraba debilitada, con un desempleo elevado y una alta densidad demográfica que generaba problemas al buscar los escasos empleos. Como, en esa época, EE.UU. ha pasado a crear barreras para la entrada de los extranjeros, ésos se han dirigido a Brasil.

Los primeros italianos han llegado a Brasil alrededor de 1875 y se han instalado en el sur del país (por el más fácil acceso a las tierras en aquella región), donde se habían fundado las primeras colonias en las actuales ciudades de Garibaldi y Bento Gonçalves. En el mismo año son fundadas otras colonias en las provincias de Santa Catarina y Paraná. El gobierno brasileño prefería atraer familias enteras para el país.

> «En las provincias de Río Grande do Sul y Santa Catarina (al sur del país), muchos ítalos-brasileños aún preservan la cultura de sus antepasados, hablando en italiano y otros dialectos regionales de Italia, aunque los más jovenes solamente hablan portugués, el idioma oficial».

Sin embargo, en las sierras sureñas, ellos se han quedado con las tierras más infértiles, pues las mejores ya estaban ocupadas por los inmigrantes alemanes. Con la expansión del cultivo de café en la región sureste del país (São Paulo), ellos migraron para allí.

Aunque predominantemente rural, algunos italianos migraron para centros urbanos donde participaron activamente en el desarrollo del comercio y de actividades urbanas. En 1901, se estima que el 90% de los operarios de fábricas de São Paulo eran de esa nacionalidad. Con los salarios muy bajos, vivían diversas familias amontonadas en una única casa.

Con el pasar del tiempo, el sector terciario de las ciudades brasileñas creció y muchos inmigrantes dejaron las industrias para trabajar como artesanos autónomos, pequeños comerciantes, conductores de taxis y autobuses, vendedores de frutas, zapateros, camareros, etc.

Algunos se destacaron, como Francesco Matarazzo, creador del mayor complejo industrial de América Latina del inicio del siglo XX, habiendo sido uno de los marcos de la modernización en Brasil.

De esta forma, miembros de la comunidad italiana pasaron a componer la elite paulista. La mayoría de los primeros grandes industriales de São Paulo procedían de la colonia italiana.

La inmigración italiana ha atingido su ápice en el final del siglo XIX, pero las pésimas condiciones de vida de los inmigrantes italianos en Brasil, esclavizados al no poder abandonar las haciendas de café donde trabajaban (pues tenían deudas relativas al pago de los costos de sus viajes) ha llevado a que el gobierno italiano editase en 1902 el Decreto Prinetti, prohibiendo la inmigración subsidiada de ciudadanos italianos para Brasil.

Así, el flujo de inmigrantes ha disminuido bruscamente hasta que cada ciudadano italiano que desease emigrar a Brasil debería tener dinero para pagar su propio pasaje. Con eso la inmigración italiana se desvió para EE.UU. y Argentina.

Aun así, la inmigración italiana continuó intensa para Brasil hasta 1920, cuando Benito Mussolini, con su gobierno nacionalista, pasó a controlar la emigración.

Con la Segunda Guerra Mundial y la declaración de guerra de Brasil contra los países del eje por el gobierno del entonces presidente Getulio Vargas, el idioma italiano fue prohibido en Brasil y se tipificó como crimen cualquier manifestación de la cultura italiana en el país. La inmigración italiana entró en decadencia.

Después de la Segunda Guerra entraron aún poco más de 100 mil italianos, cerrando el gran fenómeno migratorio para Brasil. Hoy en día, casi todos los ítalo-brasileños hablan el portugués como lengua materna.

Ese colectivo se ha destacado notoriamente en Brasil, adquiriendo poder social y económico. Algunos nombres conocidos de ítalos-brasileños son el piloto de fórmula uno Rubens Barrichello, la top model Alessandra Corine Ambrosio, el senador Eduardo Matarazzo Suplicy, el político y gobernador de São Paulo Jose Serra, el empresario de alimentación Visconti, el ex primer ministro de Justicia Miguel Reale Júnior.

Por último, destacar que los inmigrantes (y descendientes) italianos constituyen el 30% de la población del Estado de Rio Grande do Sul, 50% en Santa Catarina, 40% en Paraná, 32,5% en São Paulo (13 millones de italianos), 7,5% en Minas Gerais, 4% en Rio de Janeiro y 65% en Espírito Santo.

Cabe destacar que las intensas oleadas de inmigrantes han generado un clima de inseguridad en Brasil. Fueran 96 nacionalidades que entraron en gran cantidad hasta la década de 1940. Con la Constitución de 1934, sin embargo, se inició un sistema de cuotas según el cual el número de inmigrantes no podía pasar de 2% del número de inmigrantes ya residentes en Brasil durante los cincuenta años anteriores.

B) La inmigración española en Brasil

Curiosamente, existe muy poca documentación y casi ningún estudio sobre la inmigración española en Brasil. Además, infelizmente, los historiadores son casi siempre omisos sobre ese tema.

La migración en Brasil: aspectos básicos

I

Se sabe, sin embargo, que durante la unificación de los reinos de España y Portugal (1580-1640) muchos españoles, sobre todo soldados y aventureros, penetraron en las regiones disputadas de Paraná, Santa Catarina, São Paulo y en las plazas fortificadas de la cuesta septentrional amenazadas por holandeses y franceses y que el número de españoles fue expresivo en la formación de la sociedad paulista del siglo XVII.

Se estima que cerca de 750 mil españoles (campesinos pobres especialmente procedentes de Galicia y Andalucía) entraron en el país desde finales del siglo XIX hasta los años setenta del siglo XX (la mayor parte entre 1880 y 1930, siendo el período de máxima afluencia el situado entre los años 1905 y 1919, llegando incluso a superar a la entrada de italianos).

> «De 1880 hasta final del siglo XIX la gran mayoría era de gallegos, que se ubicaron principalmente en centros urbanos (São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais y Bahía), donde muchas veces eran confundidos con portugueses. En el inicio del siglo XX pasaron a predominar los andaluces. Otros grupos importantes fueron los catalanes, vascos y valencianos».

Esta cifra (12,5% del total de extranjeros entrados en Brasil) sitúa a los españoles como el tercer grupo inmigrante más numeroso detrás de portugueses e italianos y numéricamente superiores a los alemanes, japoneses, polacos, rusos y sirio-libaneses.

Con la decadencia de la inmigración italiana hacia Brasil, los españoles fueron atraídos hacia el país con el fin de sustituir la mano de obra italiana en las zonas cafetaleras.

Como los italianos, las familias (mayoritariamente andaluces) viajaban con pasaje subvencionado por el gobierno brasileño para trasladarse a vivir (como empleados en situación de casi-esclavitud) en las plantaciones de café del Estado de São Paulo, su principal zona de destino, seguido de Río de Janeiro. No llegaron a formar colonias agrícolas como propietarios, a pesar de su carácter fuertemente rural.

Pero las zonas cafetaleras a las que se dirigieron en São Paulo eran cada vez menos fértiles, de modo que no podían generar recursos extras para mejorar su posición económica.

Con la caída continua del precio del café en los mercados internacionales, la situación de esos inmigrantes se agravó. En general el colectivo ubicado en tierras paulistas, al menos durante el primer tercio del siglo XX, ha tenido escaso éxito económico.

Los españoles que se trasladaron a otros estados brasileños (contingentes pequeños en Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraná, Mato Grosso, Pará y Bahía) han tenido más éxito al establecerse mayoritariamente en las ciudades (y capitales) y dedicarse fundamentalmente al comercio y al sector de servicios.

De cualquier modo, la inmigración española estaba muy poco diversificada y cualificada y tenía muy escasa actividad asociativa y cultural. Sin embargo, muy prontamente se asimilaron en una sociedad ya casi formada por una base luso-brasileña con fuertes influencias italianas.

Factor decisivo para eso ha sido la proximidad cultural e idiomática (acentuada por la elevada presencia de gallegos) y la facilidad con que tanto hombres como mujeres se casaron con brasileños (un 64,7% de los hombres y un 47,2% de las mujeres).

Es curioso que los rasgos culturales del colectivo español casi no dejaron huellas en Brasil, en parte por el mayor reconocimiento social de otros colectivos inmigrantes (italianos, alemanes, portugueses, japoneses y libaneses).

Cabe observar que, mientras los gallegos se dirigieron en su mayoría a las ciudades y allí pudieron escalar socialmente más rápidamente, los andaluces solamente han podido hacer eso mucho tiempo después, al abandonar las plantaciones de café (aunque algunos se convirtieron en pequeños propietarios rurales también).

El contexto económico y social brasileño que encontraron los españoles fue bastante diferente del que encontraron otros inmigrantes anteriores, tales como los italianos. La época de las oportunidades en Brasil (1880-1900) correspondió con el auge de la inmigración de éstos.

Los españoles, al llegar después, acabaron por cubrir los puestos de los italianos que habían dejado Brasil o se habían convertido en propietarios agrícolas o trabajadores urbanos.

Durante la guerra civil española y, a partir de los años 40 y hasta mediados de los 60 del siglo XX, la inmigración española hacia Brasil tomó un nuevo impulso, pero esta vez con obreros especializados, artesanos, comerciantes y profesionales liberales.

Ese nuevo contingente (aunque cuantitativamente reducido) contribuyó cualitativamente a elevar el nivel económico, social, y cultural del colectivo español que, a mediados del siglo XX, ya había alcanzado una buena posición socio económica en Brasil.

Actualmente, las principales colonias españolas se encuentran en São Paulo y Rio de Janeiro. Pero la más influyente a nivel local está ubicada en Salvador de Bahía, donde representa el mayor grupo de origen extranjero, doblando al portugués que es el segundo.

Una buena cantidad de empresas industriales, de servicios, hostelería y comercio, está en manos de personas de ascendencia española. Eso también se verifica, hoy en día, por la intensa adquisición de inmuebles y emprendimientos inmobiliarios llevados a cabo por empresas españolas en todo el litoral del nordeste de Brasil.

La población brasileña con algún tipo de ascendencia española asciende en la actualidad a unos 15 millones de personas, 78% de ellas viviendo en la provincia de São Paulo.

Uno de los españoles más conocidos en Brasil ha sido el zamorano Vicente Mateos Bathe (conocido como Vicente Matheus), que llegó al país en 1914. Empresario naturalizado brasileño, actuaba en la construcción civil pesada, minería y extracción de piedras y arena para la construcción civil. Se tornó nacionalmente conocido como presidente del Sport Club Corinthians Paulista por ocho mandatos (1959, 72, 73, 75, 77, 79, 87 y 89), uno de los equipos de mayor afición en el país. Durante esos mandatos, Corinthians ha conquistado los títulos más importantes de su historia.

C) La inmigración japonesa en Brasil

Por último, mencionar algo sobre la inmigración japonesa en Brasil. Esa ha tenido inicio el 18 de junio de 1908 con la llegada del carguero japonés Kasato Maru en el puerto de Santos. Traía consigo 165 familias de campesinos pobres, oriundos de las provincias del sur y del norte de

Japón, que llegaban para trabajar en los cafetales del oeste paulista, seguido de algunos pocos milles más en los años siguientes.

Se trataba de un acuerdo entre los gobiernos brasileño y japonés. Japón vivía desde fines del siglo XIX una crisis demográfica mientras Brasil necesitaba de mano de obra para las zonas cafetaleras.

> «El país había quedado aislado del mundo durante los 265 años del período Edo (durante el Xogunato Tokugawa), sin guerras, epidemias procedentes del exterior o migración. En ese período el país producía los alimentos que consumía, pero sin formar estoques.
>
> Con el fin de ese xogunato e inicio de la era Meiji se inicia un período de modernización, mecanización agrícola y apertura para el exterior. Con la reforma agraria miles de campesinos se quedaron sin trabajo.
>
> Otros miles de pequeños campesinos se quedaron endeudados o perdieron sus tierras por no pagar los elevados impuestos que, en la era Meiji, pasaron a ser cobrados en dinero, mientras antes eran cobrados en especie (parte de la producción agrícola).
>
> Los campesinos sin tierra fueron para las principales ciudades, que se quedaron saturadas. Las oportunidades de empleo se tornaron cada vez más escasas, formando una masa de trabajadores miserables.
>
> En ese contexto, la política migratoria puesta en práctica por el gobierno japonés (a partir de 1880) para aliviar las tensiones sociales debido a la escasez de tierras cultivables y endeudamiento de los trabajadores rurales y, así, permitir la implementación de proyectos de modernización, pasó por el incentivo para que sus habitantes emigrasen. Para eso logró acuerdos con otros países (antes de Brasil con EE.UU., principalmente Hawai, Perú y México)».

El gobierno brasileño veía al inmigrante asiatico con cierta desconfianza, prefiriendo al europeo caucásico. Al final del siglo XIX, el gobierno brasileño ha impedido que un grupo de emigrantes chinos entrasen en el país.

Como pasó con los inmigrantes anteriores, los japoneses tenían la ilusión de enriquecerse en Brasil y regresar a Japón. Eso no ocurrió. En su mayoría trabajaron en plantaciones de café en el interior de São Paulo y, posteriormente, en el norte de Paraná. Otros fueron a trabajar en la explotación de caucho en Amazonia o en las plantaciones de pimienta (que ellos mismos llevaron) en Pará.

La asimilación fue dolorosa pues todo en Brasil era diferente de sus costumbres y hábitos y muchos intentaron regresar a Japón, pero fueron impedidos por el gobierno y los hacendados. Eso los llevó a rebeliones y negativas de trabajar.

Los problemas continuos llevaron a Brasil a cancelar la inmigración japonesa pero, al ser prohibidos los japoneses de emigrar a los EE.UU. con el estallido de la primera guerra mundial (y las noticias de malos tratos en Australia y Canadá), otra vez buscaron a Brasil que los aceptó, convirtiéndose en uno de los pocos países del mundo en aceptar inmigrantes de Japón).

Con el fin de la primera guerra, el flujo de inmigrantes japoneses en Brasil creció considerablemente, incentivados por el propio gobierno japonés.

Los campos y ciudades japonesas estaban demasiado poblados, generando pobreza y desempleo y, además, Japón deseaba implementar la expansión de la etnia y cultura japonesas en otros lugares del mundo, principalmente en América, comenzando por Brasil.

En el decenio 1920-1930 se ha intensificado la inmigración hacia Brasil pero ellos no trabajarían solamente en el cultivo del café, sino que desarrollarían las plantaciones de fresa, té y arroz.

Con el inicio de la segunda guerra mundial la inmigración japonesa cesó por completo y sólo empezó nuevamente cuando esa terminó. Sin embargo, el presidente Getúlio Vargas había declarado la guerra a Japón y la inmigración fue prohibida.

Los inmigrantes ya establecidos comenzaron a ser perseguidos y el gobierno, así como ha hecho con el idioma italiano, también prohibió el uso de la lengua japonesa en territorio brasileño y tipificó como crimen cualquier manifestación de su cultura.

La mayor parte de los inmigrantes japoneses en Brasil no aceptó la derrota en 1945 y el colectivo se dividió en el grupo de los derrotistas (makegumi, un 20% de la población) y los victoriosos (kachigumi, un 80%). Esos últimos crearon la organización secreta Shindo Renmei, cuya finalidad era propagar la idea de que Japón había vencido la guerra y matar a todos los derrotistas en Brasil. El gobierno brasileño desmembró ese grupo que, sin embargo, había matado a 23 inmigrantes «derrotistas».

La población japonesa en Brasil está estimada en 1,5 millón de personas y, desde la década de los treinta del siglo pasado, constituye la mayor población nipona fuera de Japón (75% establecida en São Paulo).

Del total, 12% son nacidos en Japón *(issei)* y el resto dividido entre *nissei* (hijos de japoneses), *sansei* (nietos), *yonsei* (bisnietos) y demás. El término *nikkeis* engloba los japoneses y sus descendientes.

Los *sanseis* y *yonseis* se consideran brasileños (y no japoneses) y reafirman su condición de brasileño en sus actos e identidad personal (incluso participaron en los movimientos democráticos para combatir el autoritarismo del régimen militar en Brasil). Sin embargo, según estudios sociológicos llevados a cabo recientemente, aun hoy los brasileños les ven como algo distintos a ellos mismos.

La comunidad nipona en Brasil es muy influyente: grandes empresarios, industriales, cineastas y políticos como alcaldes, diputados estaduales, diputados federales, senadores y diversos ministros.

Por último mencionar que, desde la segunda mitad de la década de los ochenta del siglo pasado (y, especialmente con la ley japonesa de control de inmigración de 1990, que permite a los cónyuges o descendientes hasta la cuarta generación ejercer cualquier actividad legalmente por un período de tiempo relativamente largo), existe un flujo migratorio de los nipo-brasileños hacia Japón (son los *dekasseguis*). Son cerca de 280.000 brasileños, la tercera mayor comunidad brasileña fuera de Brasil, solamente por detrás de EE.UU. (el primero) y Paraguay (segundo).

XI. CONCLUSIONES

La formación étnica brasileña resulta del intenso mestizaje de amerindios, negros africanos introducidos forzosamente por Portugal e inmigrantes europeos y asiáticos.

El pensamiento científico denominado darwinismo social influenció la política migratoria en Brasil, cuyo objetivo fue (además de sustituir la mano de obra esclava por la mano de obra libre, por presión política del Reino Unido) «blanquear» la población local, constituida en su época por negros, indígenas y mamelucos (mestizos de blancos –especialmente colonos portugueses– con miembros de las diversas tribus indígenas).

El entorno económico, aunque importante, no constituye la base exclusiva de la mentalidad migratoria brasileña. Los brasileños desean vivir parte de sus vidas en países extranjeros como una vital experiencia personal. Es algo verificado en todas las clases sociales y, de forma más acentuada, en la clase media de la sociedad brasileña.

Las personas más ricas –dentro de la estructura social brasileña– suelen salir del país por motivos de inseguridad y violencia. Las más pobres, que antes estaban prácticamente excluidas del mercado de consumo, ahora, con el creciente poder adquisitivo verificado desde el inicio del gobierno del presidente Lula da Silva, están protagonizando una salida expresiva hacia otros países, aunque es una exageración, de momento, afirmar la existencia de una «diáspora brasileña».

El neoliberalismo no ha corregido los problemas reivindicados por las poblaciones latinoamericanas y, con la consolidación de la democracia y la ascensión de los partidos políticos de tendencia izquierdista en la región, mucha esperanza y expectativa surgió en diversos países del continente americano.

Sin embargo, los problemas estructurales aún están lejos de ser solucionados, a pesar de los inmensos pasos dados en países como Brasil. Con eso, el fenómeno migratorio se intensificó desde Latinoamérica hacia EE.UU. y Europa.

Con los eventos de 11 de septiembre de 2001, la política migratoria en EE.UU. se tornó más restrictiva y Europa (especialmente España) pasó a recibir grandes contingentes de inmigrantes.

Muchas son las mujeres que emigran, incluyendo brasileñas. La feminización de la migración revela una continuidad en la división internacional del trabajo y una segmentación sexual en los servicios.

Notas bibliográficas, apuntes y convocatorias

Notas BIBLIOGRÁFICAS

– E. AJA, J. ARANGO y J. OLIVER ALONSO (eds.): *La inmigración en la encrucijada. Anuario de la Inmigración en España 2008,* CIDOB Edicions, Barcelona, 2008, 243 pp.

– J. ALBERDI BIDAGUREN y J. GOIZUETA VÉRTIZ: *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI,* Marcial Pons, Madrid, 2008, 296 pp.

– I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (ed.): *Regiones, Unión Europea e integración de inmigrantes: Una perspectiva desde el Derecho comparado,* Atelier Libros, Barcelona, 2008, 172 pp.

– COUNCIL OF EUROPE/CONSEIL DE L´EUROPE: *Policies on irregular migrants, Volume I: Italy and Germany,* Estrasburgo, 2008, 100 pp. (también en francés).

– COUNCIL OF EUROPE/CONSEIL DE L´EUROPE: *Policing and minorities in the Russian Federation,* Estrasburgo, 2008, 120 pp. (también en francés).

– C. ESPLUGUES MOTA: *Legislación de Extranjería,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 3.ª ed., 413 pp.

– J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y A. FERNÁNDEZ PÉREZ: *Ley de Extranjería y Legislación Complementaria,* Tecnos, Madrid, 2008, 5.ª ed.

– FUNDACIÓN ESPLAI: *Educación, ciudadanía e inmigración,* en *http://www.fundacionesplai.org/#publicaciones,* El Prat de Llobregat, Barcelona, 2008, 99 pp.

– GISTI: *La double peine judiciaire,* París, 2008, 68 pp.

Notas bibliográficas

– GISTI: *La protection sociale des étrangers par les textes internationaux,* 2.ª ed., París, 2008, 72 pp.

– G. HERRANZ DE RAFAEL: *Xenofobia y multiculturalidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 206 pp.

– A. IBARROLA ARMENDÁRIZ y C.H. FIRTH (eds.): *Migraciones en un contexto global. Transiciones y transformaciones como resultado de la masiva movilidad humana,* Universidad de Deusto, Bilbao, 2008, 286 pp.

– INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM): *Migration and Development Within and Across Borders: Research and Policy Perspectives on Internal and International Migration,* Ginebra, 2008, 373 pp.

– IOM: *World Migration 2008: Managing Labour Mobility in the Evolving Global Economy,* Ginebra, 2008, 562 pp.

– *Migration and Development: Achieving Policy Coherence,* Ginebra, 2008, 120 pp.

– MINISTERIO DE JUSTICIA-ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO: *Derecho, Inmigración e Integración. XXIX Jornadas de Estudio (21, 22 y 23 de noviembre de 2007),* BOE, Madrid, 2009, 511 pp.

– N. MOLE: *Asylum and the European Convention on Human Rights,* Council of Europe, Estrasburgo, 2008, 152 pp.

– A. MONTES DEL CASTILLO y M.J. MARTÍNEZ MARTÍNEZ (eds.): *Migraciones, cultura y desarrollo,* Universidad de Murcia, 2008, 243 pp.

– PAPELES DE RELACIONES ECOSOCIALES Y CAMBIO GLOBAL, núm. 104: *Especial Migraciones Transnacionales. Desafíos y preguntas,* Icaria Editorial, Barcelona, 2008, 178 pp.

– S. RIPOL CARULLA: *España ante los tribunales internacionales europeos,* Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2008, 392 pp.

– C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (coord.): *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea,* Ediciones Laborum, El Palmar, Murcia, 2008, 305 pp.

– E. ZANROSSO: *Diritti e doveri degli immigrati. Guida alla normativa sull"immigrazione aggiornata al decreto flussi 3 dicembre 2008,* Sistemi Editoriali, Pozzuoli, 2009, 320 pp.

Notas bibliográficas

El acceso al mercado de trabajo español de los inmigrantes extracomunitarios

M.ª LUISA RODRÍGUEZ COPÉ
Servicio de Publicaciones,
Universidad de Córdoba, 2007

POR:

MERCEDES ZARZALEJO CARBAJO
Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba

La obra que nos presenta la Prof. Rodríguez Copé posee un notable carácter expositivo y clarificador de la regulación, no poco compleja, en materia de extranjería existente en nuestro país. No cabe duda de que el acceso y permanencia de los trabajadores extracomunitarios al mercado laboral español se ha visto sometida, a lo largo de estos últimos años, a importantes modificaciones (y las que en un futuro muy cercano vendrán) desde que entrara en vigor la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social o, si se quiere ir más atrás, desde la aprobación de su antecesora, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

El objetivo que se ha trazado la autora, a la hora de abordar su interesante estudio, no es otro que el de exponer, de manera clara, sistemática y directa, el actual marco regulador del acceso y permanencia del inmigrante a nuestro mercado de trabajo destacando sus desequilibrios y deficiencias, especialmente, en aquellas materias donde es manifiesta la descoordinación que aún hoy existe entre la normativa laboral y la de extranjería.

Para ello, la Prof. Rodríguez Copé ha optado por estructurar su obra en seis capítulos definidos, en los que se afrontan diferentes aspectos inherentes a la problemática general. El primero de ellos, titulado «Cuestiones previas sobre algunos aspectos sociolaborales de la regulación de extranjería», nos ofrece una visión global del contenido de la legislación aplicable, destacando los resultados alcanzados por las iniciativas de reforma que se han llevado a cabo hasta el momento, haciendo especial hincapié en uno de los asuntos más polémicos y debatidos social y políticamente: las regularizaciones extraordinarias de extranjeros. En este sentido, la autora nos hace ver las luces y sombras que han caracterizado los procesos de normalización habidos en nuestro país, en los últimos años, arrojando ciertas propuestas legales de cara a la nueva ley que viene en camino.

Un segundo capítulo se dedica al «Régimen de entrada, permanencia y salida del territorio español», en donde se exponen, con total claridad y transparencia, los requisitos legalmente establecidos para la entrada, permanencia y salida de nuestro país de los inmigrantes extracomunitarios, distinguiéndose entre las diversas situaciones administrativas regulares en las que se pueden encontrar tales sujetos.

El tercer capítulo de esta obra se dedica al análisis de las vías contempladas para el acceso de los trabajadores extranjeros al mercado laboral español. Así, en lo que ha venido a denominarse «El marco jurídico de la relación laboral de los extranjeros en España», la Prof. Rodríguez Copé detalla de forma meridiana los aspectos esenciales del procedimiento legal exigido al ciudadano no comunitario para trabajar en España, partiendo de una situación dual en atención al lugar donde se encuentre el extranjero en el momento de acceder al mercado de trabajo, esto es, atendiendo a si la contratación de tal inmigrante se produce en territorio español o en el país de origen. Lo que la autora complementa, además, con una reflexión crítica sobre el que fue más que discutido, reconocimiento legal del derecho del extranjero a trabajar en España.

Como anexo del anterior capítulo, se incluye un exhaustivo estudio de una de las vías de incorporación del extranjero que se encuentra en su país de origen al mercado nacional como es el sistema de cupos o contingente, de gran relevancia en la política española de inmigración. En efecto, el capítulo V de la monografía que se nos presenta se dedica al «Contingente de trabajadores extranjeros», cuyo contenido atiende a clarificar el entramado proceso regulador que supone este sistema de acceso a nuestro mercado laboral.

Consecuencia de la preocupación que tiene la autora, y que manifiesta a lo largo de toda su obra, por el incremento de las situaciones de irregularidad laboral que ha experimentado nuestro mercado de trabajo en los últimos tiempos, a pesar de los esfuerzos legislativos para erradicarlas, se incluye un cuarto capítulo («La falta de autorización para residir y trabajar: consecuencias contractuales») destinado a poner de relieve los efectos del contrato de trabajo, en virtud del cual presta sus servicios el inmigrante extracomunitario que carece de la autorización administrativa correspondiente para trabajar en nuestro país. Con tal objetivo, se nos presenta el estado actual de la cuestión a partir del proceso evolutivo que han experimentado, a lo largo de estos años, la normativa de extranjería y, sobre todo, la doctrina judicial y científica, nada desdeñable, vertida sobre la materia.

Finalmente, la Prof. Rodríguez Copé nos ofrece un último capítulo VI, abordando una de las premisas esenciales del Derecho de Extranjería como es el tema de las «Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador». A lo largo de las páginas que lo comprenden, se realiza un breve pero nítido recorrido por el tratamiento que las sucesivas normas de extranjería han dispensado a esta importante cuestión. Pues, no es baladí que la previsión de un sistema eficaz de infracciones y sanciones en materia de extranjería supone el primer paso en la lucha contra la inmigración irregular. En este sentido, se exponen, de forma sistemática y ordenada, las conductas tipificadas como infracciones administrativas leves, graves y muy graves, ya sean cometidas por el extranjero, el empleador o terceras personas distintas de éstas, así como el régimen sancionador correspondiente, haciendo especial mención al procedimiento para la imposición de sanciones en el orden social.

Como colofón, podemos decir que la obra que nos presenta M.ª Luisa Rodríguez Copé es un ensayo descriptivo del régimen legal aplicable a los extranjeros en el acceso al mercado español de trabajo, enfocado desde una visión práctica de la cuestión que hacen su estudio muy atractivo y de fácil lectura y comprensión.

La reagrupación familiar

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ

Bosch, Biblioteca básica de práctica procesal, Serie Administrativa, Barcelona, 2008, 96 páginas

POR:

DIANA B. MARTÍN CONSARNAU

Profesora Ayudante de Derecho Internacional Privado de la Universitat Rovira i Virgili

Un libro esencialmente práctico que recoge las referencias de la regulación del derecho a la reagrupación familiar. La obra analiza, mediante un ejercicio y esfuerzo de simplificación, la complejidad de la reagrupación familiar en aras a convertirse en una herramienta útil para la práctica profesional. Para

Notas bibliográficas

ello, expone el marco jurídico, elabora los esquemas procedimentales básicos para su consecución, recoge los formularios oficiales preceptivos de su tramitación y ofrece un conjunto de sentencias relevantes, que, sin lugar a dudas, brinda una visión práctica y clara de la reagrupación familiar, dando respuestas inmediatas a la pluralidad de situaciones que se sugieren en la consecución de este derecho. Además de todo ello, los materiales referenciados en el libro pueden descargarse del CD adjunto, lo cual facilita aún más la labor del práctico.

En la primera parte del libro, el autor aborda la cuestión de los diferentes regímenes de extranjería aplicables para la realización de la reagrupación familiar en función de la nacionalidad del reagrupante. En este sentido, establece una diferenciación desde tres perspectivas diferentes: el reagrupante comunitario, el reagrupante extracomunitario y el reagrupante español. En cada una de estas situaciones contempla, de forma sucinta, los familiares reagrupables y las cuestiones propias de procedimiento, aportando respuestas sencillas a interrogantes elementales de la reagrupación. La segunda parte del libro ofrece esquemas procedimentales básicos, que responden a la visión tripartita establecida en el apartado primero, aportando una panorámica simplificada de la tramitación. En el tercer apartado se señala la normativa de aplicación, en la que se distingue la legislación de ámbito internacional, europeo y estatal, realizando, en su caso, una selección del articulado más relevante de la norma en cuestión. Por otra parte, resultando de gran interés, introduce referencias sobre las Instrucciones que afectan a la reagrupación familiar, que deben ser de necesario conocimiento por parte de los prácticos, así como de las Hojas Informativas que, al respecto, ha reunido el autor de la Subdelegación de Gobierno de Barcelona. La cuarta parte recoge la referencia a los modelos de solicitud oficiales que deben presentarse en la tramitación del procedimiento de la reagrupación familiar, así como de ciertos requisitos que han de acreditarse, y de recursos a interponer ante una eventual denegación. Finalmente, la quinta parte del libro aporta una selección de sentencias relevantes para el ámbito de la reagrupación, distinguiendo aquellas que han emanado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y diferentes Tribunales Superiores de Justicia, que abarcan diferentes cuestiones sobre el alcance de los vínculos familiares y sobre los requisitos que deben acreditarse durante el procedimiento.

Informe Derechos Humanos en la Frontera Sur 2008

ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA

96 páginas

http://www.apdha.org

Por:

Rafael Lara

Coordinador del Área de Inmigración de la APDHA

Desde 1997, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía viene haciendo un seguimiento de la evolución de los flujos migratorios desde África a España. Fruto de este seguimiento, anualmente publicamos un informe centrado en evaluar el impacto de las políticas migratorias que pretenden hacerles frente y sus consecuencias de clandestinización y de violación de los derechos humanos.

Se cumplieron hace unos meses veinte años desde que, el 1 de noviembre de 1988, aparecieran los primeros cadáveres en las playas de Tarifa. Desde

entonces casi 21.000 personas han perdido la vida intentando llegar a nuestro país. Una cifra que muestra con claridad la tragedia colectiva en que se han convertido las políticas migratorias de la Unión Europea y de España.

La imposible inmigración legal y ordenada

A lo largo de estos años se ha venido insistiendo desde la Unión Europea en que se está a favor de una «migración legal y ordenada» frente a la «inmigración ilegal» y descontrolada.

¿Se puede emigrar de forma legal y ordenada? Es decir, ¿puede un joven africano emigrar a España de la forma legal que auspician los mandatarios europeos?

La respuesta es rotundamente negativa. A los datos nos remitimos: del incremento de casi medio millón (494.485) de extranjeros en España durante 2008, tan sólo 8.749 (un 1,8%) personas proceden del África Subsahariana. No es casual, se trata de una opción consciente y deliberada.

Como detallamos en este informe, es imposible emigrar «legalmente» a España. Por un lado, el contingente ha resultado un fracaso como sistema de gestión de flujos, lo que se ha venido a reconocer limitándolo prácticamente a cero. Pero a ello hay que sumar los obstáculos y restricciones de todo tipo para la reagrupación familiar. Y, sobre todo, el muro infranqueable de la normativa y muy particularmente de la red consular española, punta de lanza del sistema de bloqueo a las personas que desean emigrar legalmente.

La insistencia que desde el Gobierno, la oposición y algunos sectores se hace en ese mito de la «inmigración legal y ordenada» esconde, en el fondo, un verdadero rechazo de la necesidad de afrontar la realidad de los flujos migratorios y las desigualdades económico-sociales entre Europa y África de una forma seria y certera.

Esconde también una visión extremadamente utilitarista de las migraciones: permitir que vengan tan sólo aquellas personas necesarias para nuestra economía. Es la inmigración «deseada», frente a la inmigración «sufrida», de la que habla el Gobierno francés y practica el Gobierno español y que oculta una carga ideológica que concibe a las personas desde su «utilidad» y no desde su dignidad y derechos.

Pero sobre todo este mito condena a miles de personas que se ven obligadas a emigrar, que emigran casi de forma forzada, a hacerlo clandestinamente. Por eso hablamos de migraciones clandestinizadas en el informe.

La lucha contra la «inmigración ilegal» se ha convertido así en el Norte inspirador de todas las políticas de la Unión Europea y de España. Como explicó Zapatero en la última campaña electoral, la lucha contra esta inmigración, para nosotros obligada a circular clandestinamente, es el eje de las políticas migratorias de nuestro Gobierno. Pese a quien pese, y por encima de cualesquiera otras consideraciones.

Se trata, Zapatero *dixit,* de que no salgan; si logran salir, que sean interceptados, y, en caso de que logren llegar, que sean expulsados lo antes posible.

Fruto de esa política, durante el año 2008 se han incrementado los medios para el control de las migraciones, se generaliza el uso de la detención y el encierro de migrantes como forma de gestión de las mismas y se han consolidado las políticas de externalización, una de cuyas mejores expresiones es el Plan África.

El Plan África y la externalización

Tras su puesta en marcha durante el año 2006 y su renovación para el período 2009-2012, no podemos sino hacer una evaluación extremadamente negativa de dicho Plan África y sus consecuencias.

Pese a que se presenta bajo un ropaje que pretende ser expresión de la «vocación solidaria de la socie-

Notas bibliográficas

dad española», el Plan África no ha tenido resultados concretos en términos de beneficio para las sociedades africanas.

Y ello no podía ser de otra manera en la medida en que el Plan África evidencia la prioridad de los objetivos de política exterior españoles sobre el interés solidario por el desarrollo del continente africano. El Plan África se puso en marcha principalmente para favorecer los intereses comerciales y económicos españoles en el continente, para dar cobertura a una política migratoria dirigida al control de los flujos migratorios y supeditando una supuesta agenda de democratización y pacificación de los países africanos a los objetivos de seguridad de España.

El Plan África de esta forma es un marco más del desarrollo e impulso a las políticas de externalización, cuyo objetivo principal no es sino desplazar hacia el Sur el control de fronteras, convirtiendo a países terceros, bien de tránsito bien de origen de las migraciones, en verdaderos gendarmes de la Unión Europea.

En el informe se hace un amplio análisis de las relaciones libio-italianas para el control de migraciones como un espejo en el que nuestro país no debiera mirarse, pero que es un camino de externalización que ya se está lamentablemente recorriendo en España.

También con gravísimas consecuencias para los derechos humanos, nos detenemos particularmente en dos zonas en las que nuestra Asociación, durante 2008, ha podido conocer sobre el terreno las consecuencias de estas políticas de externalización de España confiadas a Estados en los que los derechos humanos no llegan siquiera al nivel de la retórica.

Las políticas de represión sobre los flujos migratorios en entredicho

En efecto, ésa es la conclusión que se puede establecer del análisis sobre la evolución del control de flujos y sobre las víctimas «colaterales» que su aplicación provoca.

Como cada año, el Ministerio del Interior vuelve a hacer un balance triunfalista de la evolución de las detenciones y particularmente de la interpretación que se da a las mismas. De hecho se plantea que las 14.635 detenciones efectuadas en 2008 suponen una disminución de un 25% respecto al 2007. En efecto, Rubalcaba celebraba que ya nos encontrábamos en una situación comparable a la de 2002.

Nada más lejos de la realidad. Sea de forma consciente o inconsciente los datos reflejan por el contrario incluso un incremento contrastado de los intentos de entrar en nuestro país durante el año 2008: Hemos pasado de 31.610 personas detenidas en el conjunto de las zonas (Canarias, Península, Baleares, Ceuta y Melilla y en las costas africanas) durante el año 2007, a las 35.642 detenidas durante el año 2008, según los datos que ha podido determinar la APDHA.

Las conclusiones están a la vista: salvando el pico excepcional del año 2006, lo cierto es que se mantienen los flujos migratorios hacia España desde África a niveles similares a los de hace una década, e incluso este año se han incrementado respecto a 2007. Sólo que efectivamente y de forma paulatina se ha conseguido desplazar buena parte del control de las migraciones hacia el sur y se ha logrado la colaboración de los países de partida de las embarcaciones que han aceptado su rol de policías de las fronteras de la Unión Europea, convirtiéndose en auténticos países tampón. Es la materialización de las políticas de externalización que se diseñaran ya en el lejano Consejo de la Unión celebrado en julio de 2002 en Sevilla y se concretaran en el Programa de La Haya de 2004.

Sólo que, además, mirado desde una perspectiva europea más amplia, las migraciones africanas hacia Europa no sólo no se han amortiguado sino que se han ampliado de forma considerable.

Unas cifras que demuestran, como decíamos más arriba, la ilusión de «migración legal y ordenada».

No sólo porque luego en la práctica y muy particularmente en lo que se refiere al África, esa migración «legal» es impedida por los propios mecanismos legales y administrativos como hemos dicho. Sino porque es obvio que el deseo de las personas de buscar una vida mejor, de labrarse un futuro distinto, de convertirse en protagonistas de su propia existencia, es imparable pese a los SIVES, los FRONTEX y la teórica e ilusoria impermeabilización de las fronteras.

Por otra parte, es preciso señalar de nuevo la desproporción y el dislate de medios humanos y materiales empleados para impedir una migración que no llega ni al 2% del total de la inmigración recibida por España en 2008.

Los que quedaron en el intento. Las víctimas

Naturalmente para nuestro Gobierno, para los gobiernos de la UE, estas políticas de represión y control de flujos son «políticas de Estado». Y sus consecuencias de violación de derechos humanos, no son sino «daños colaterales» inevitables que tenemos que asumir aunque se traten de mitigar.

Lo que no se mitiga es el sufrimiento y el dolor de los familiares de las centenares de víctimas de esta política. Lo que no es posible mitigar es la muerte de tantos inocentes, que han perdido la vida por atreverse a buscar un futuro con dignidad.

Durante 2008 la APDHA ha contrastado, como se documenta ampliamente en el informe, la muerte de 581 personas, de ellas 342 en el Mediterráneo frente a las 239 del Atlántico.

Por primera vez en bastantes años, el número de personas que han perdido la vida en el Mediterráneo ha superado ampliamente a las que hemos podido detectar en el Atlántico.

En cuanto al origen de las personas muertas, más del 75% eran subsaharianas, siendo el resto del Norte de África o sin determinar.

Para la APDHA, teniendo en cuenta estos datos y el seguimiento que hacemos, no es nada exagerado estimar en 2.900 el número de personas que han podido perder la vida este año intentando llegar a nuestro país.

La necesidad de otro modelo de gestión de las migraciones

Como se puede constatar en el Informe, seguimos pensando que es imprescindible abordar el fenómeno de la gestión de los flujos migratorios desde otra óptica.

A partir de 1985, fecha en que entra en vigor la primera Ley de Extranjería (7/85) y particularmente a partir de 1991 con la adhesión al Tratado de Schengen, el modelo de gestión de migraciones de España ha sido el intentar conseguir una «inmigración legal y ordenada», desde una óptica exclusivamente utilitarista, lo que conllevaba una prioridad absoluta en la «lucha contra la inmigración ilegal».

Para el desarrollo de este modelo, convertido ya en modelo de gestión para toda la Unión que cada vez más se intenta armonizar, se han realizado ingentes inversiones y se han desarrollado políticas legislativas, de control, impermeabilización, represión, encierro y externalización..., siguiendo el modelo de la «Europa Fortaleza». Desde el año 2006 esta política ha recibido un extraordinario impulso en España, con las consecuencias y los resultados señalados en el Informe.

Desde el punto de vista de los derechos humanos, este modelo migratorio conlleva gravísimas violaciones de los mismos, provoca enormes sufrimientos para las personas que intentan ejercer el derecho a encontrar una vida más digna, incluso con el resultado de su muerte. Y condena a miles de inmigrantes «sin papeles» a la marginación y a la exclusión de los derechos fundamentales de la persona. Es por ello una política inmoral e inhumana.

Notas bibliográficas

Esta política pone en cuestión todo el discurso universalista de los derechos humanos, rechazando el principio de igualdad y justificando la exclusión con razonamientos insostenibles acerca de la prioridad nacional, la seguridad y la lucha contra la delincuencia.

Pero, por otro lado, **desde una óptica instrumental,** este «modelo» migratorio no responde a la realidad, la cual niega y, por tanto, se muestra incapaz de gestionar el fenómeno migratorio.

Y es que es imposible abordar un fenómeno de carácter social (éste como cualquier otro) mediante el recurso exclusivo a la represión y al control policial. Las migraciones son consustanciales a la humanidad, son un fenómeno estructural, que hoy hunde sus raíces en las profundas desigualdades del planeta. La política actual está condenada al fracaso, porque se asienta más en discursos ideológicos, demagógicos y xenófobos que en la propia realidad y en las necesidades sociales. Lo hemos dicho centenares de veces: la búsqueda de un futuro mejor no se pude cercenar con alambradas. Antes o después éstas son desmanteladas por la propia vida.

Sin embargo, pese a esta evidencia, lo cierto es que es preciso poner sobre la mesa el debate. El actual «modelo migratorio» que se defiende desde España y la Unión Europea, está abocado al fracaso y además viola de forma grave los derechos humanos. Hay, por tanto, que empezar a reconsiderarlo, dejando de aceptarlo como un hecho dado, como una especie de tabú que no se puede cuestionar y que ha llegado a formar parte del pensamiento único.

Desde la APDHA no pretendemos ninguna fórmula mágica que resuelva por sí misma los muchos y complejos problemas que plantea el fenómeno migratorio. Se trata de dejar de considerar el cierre de fronteras como un dogma, reconocer su fracaso e intentar reflexionar nuevos modelos de gestión que hagan del derecho a la movilidad la norma, y de sus limitaciones, excepciones especificadas, temporales, y justificadas, que es lo que en definitiva reivindica la Declaración Universal de los Derechos Humanos y lo único acorde con el cabal respeto a la misma.

Se trata en suma de la aplicación de otra política de asilo e inmigración en Europa, acogedora y respetuosa de la dignidad humana y de los derechos humanos.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- Jornadas transpirenaicas de fronteras interiores
  16 de enero de 2009. Colegio de Abogados de Girona.

- Menores extranjeros no acompañados
  12 y 13 de febrero de 2009. Universidad Pontificia Comillas (Madrid).

- Jóvenes hijos de inmigrantes: «el proceso de incorporación a la vida adulta»
  13 de febrero de 2009. Universidad Pontificia Comillas (Madrid).

A CELEBRAR

- El nuevo Derecho de Extranjería y Asilo: ¿avance o retroceso?
  31 de agosto al 2 de septiembre de 2009. Jaca (Cursos de Verano de la Universidad de Zaragoza).