revista de

DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA

editorial
LEX NOVA

REVISTA DE
Derecho Migratorio y Extranjería
Derecho de las personas en movimiento transnacional

CONSEJO ASESOR

María del Carmen Ainaga Vargas Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Veracruz (México). **Eliseo Aja Fernández** Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Barcelona. **Pilar Charro Baena** Profesora 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 2008

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 Editorial Lex Nova. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA
REVISTA de DERECHO DE EXTRANJERÍA **N.º 19** NOVIEMBRE 2008

La versión on line de esta publicación ha sido seleccionada por el Consejo General del Poder Judicial para su utilización por los miembros de la carrera judicial.

Sumario:

[5] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

[9] **I. Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración (julio 2007-junio 2008)**
DAVID MOYA MALAPEIRA

[47] **II. Extranjeros en situación irregular en España: derechos atribuidos, limitaciones a la libertad y medidas de carácter sancionador: la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional**
MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA

[81] **III. La aplicación directa de la Directiva 2003/109/CE a los nacionales de terceros Estados que acrediten ser titulares del Estatuto de los residentes de larga duración en otros Estados miembros de la Unión Europea**
SARA IGLESIAS SÁNCHEZ

[99] **IV. Admisión de nacionales de terceros países por razones de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado: Contenido y alcance de la Directiva 2004/114/CE**
IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ

[119] **V. La propuesta de Directiva relativa al retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en la Unión Europea: ¿un difícil juego de prestidigitación camino de la armonización de procedimientos y normas comunes?**
JUAN ANTONIO PAVÓN PÉREZ

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

[147] **Asilo**
[171] **Expulsión**
[177] **Derecho al trabajo**
[182] **Permiso de trabajo**
[185] **Derecho Penal**

[191] **Homologación**
[201] **Nacionalidad**
[208] **Régimen comunitario**

[219] **II. Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería**
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

CRÓNICAS LEGISLATIVAS:

[249] **I. Crónica legislativa**

[249] **Fuentes internas**
[250] **Fuentes internacionales**
[251] **Fuentes de la Unión Europea**

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

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

[263] **I. Un mundo en movimiento. Contextualización de las migraciones internacionales en Europa y América Latina**
SANDRA GIL ARAÚJO Y BELÉN AGRELA ROMERO

[285] **II. La política de inmigración en Italia y España. ¿Cómo cambian las propuestas de los partidos políticos? Una exploración del caso italiano y español**
MARCELLO CARAMMIA Y FABIO GARCÍA LUPATO

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS:

[309] **I. Notas bibliográficas**

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

[319] **III. Año 2008: Las 30 noticias más destacadas en materia de extranjería**

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.

EDITORIAL

En el **plano europeo**, el año 2008 tuvo como noticia destacada la aprobación de la **Directiva de Retorno**, intento de elaboración de una política europea común sobre expulsiones de marcado tinte represivo, que evidenció el signo regresivo que en materia migratoria vienen sugiriendo las últimas normas emanadas de las instituciones europeas y a la que dedicamos un extenso Dossier en el pasado número 18 de la REDMEX.

En el plano doméstico español, el año que termina estuvo marcado en su primer semestre por la disputa electoral y posterior formación de los renovados equipos ministeriales. En el terreno migratorio, en lo esencial, los programas electorales no presentaron discrepancias importantes, si bien algunas previsiones iniciales del nuevo Gobierno socialista crearon ciertas expectativas esperanzadoras: nombramiento de un embajador especial encargado de negociar tratados internacionales sobre reciprocidad con los principales países de inmigración; el anuncio de estudiar los trámites tendentes a la ratificación por España de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de la Personas Migrantes y sus familiares de 1990, y el desarrollo de la Ley de Memoria Histórica y con ella de importantes reformas en materia de nacionalidad.

Otra novedad relevante y que ha pasado bastante desapercibida ha sido la asunción de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo por diversas Comunidades Autónomas, que puede generar una mayor descoordinación administrativa en la materia con el riesgo de incrementar la ya importante inseguridad jurídica actualmente. En este mes de noviembre se tuvo conocimiento del Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de Extranjería con la finalidad de adaptar la nueva regulación competencial.

Por último, en el momento de escribir este editorial se ha tenido conocimiento de diferentes iniciativas legislativas tendentes a **la Reforma de Ley Orgánica de Extranjería**, así, la Proposición de Ley del Grupo Popular y el Anteproyecto de Reforma elaborado por el Gobierno y que entrará en las Cámaras en la reanudación de las vacaciones parlamentarias navideñas y que podría estar acabada en la primavera de 2009. Asimismo, en el mes de diciembre ha tenido entrada en el Congreso el **Proyecto de reforma de la Ley de Asilo**, al que dedicaremos en el próximo número de la REDMEX un profundo análisis.

En este contexto, este número de la **REDMEX** debe ayudar a la reflexión y al repaso de la cuestiones más candentes, a las que nos hemos referido más arriba y que puede servirnos para un análisis crítico y riguroso del proceso legislativo.

Destacamos la Crónica de la actividad institucional en el ámbito de la inmigración que por segundo año consecutivo y con vocación de continuidad examina la actuación institucional internacional, europea y española.

También resaltamos en el terreno jurisprudencial el trabajo que repasa la actualidad de la jurisprudencia española en materia de extranjería.

Los trabajos doctrinales analizan temas de absoluta importancia para dotarnos de elementos rigurosos de análisis de las reformas legislativas: El estatuto jurídico de los extranjeros en situación irregular, la transposición de la directiva de residentes de larga duración, la directiva sobre estudios y, de nuevo, la directiva de retorno.

Los estudios nos traen dos trabajos sobre políticas migratorias en el contexto latinoamericano e italiano que puede servirnos para formarnos en el conocimiento de la regulación de la extranjería en los diferentes escenarios geopolíticos.

Las habituales secciones "Crónica de jurisprudencia" y "Legislación" nos ofrecen las novedades de mayor interés del período.

De vuelta al quehacer cotidiano tras el período navideño, esperamos que el nuevo número 19 de la REDMEX resulte de utilidad para centrar nuestros análisis y ayudarnos en nuestra tarea de defensores de los derechos humanos de las personas migrantes.

Una buena lectura de la REDMEX y nuestros mejores deseos para el año 2009 que comenzamos.

Artículos

Natalia Caicedo
Celia Díaz
David Moya

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

I

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración (julio 2007–junio 2008)

SUMARIO

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

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

III. La actividad institucional de la Unión Europea en materia de inmigración a lo largo de 2007-2008.

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

La presente crónica pretende cubrir la actividad en materia de inmigración de las instituciones internacionales, comunitarias y nacionales durante el período comprendido entre el segundo semestre de 2007 y el primero de 2008[1]. Al igual que en la crónica anterior[2] se ofrecerá un muy sucinto repaso de las novedades normativas y jurisprudenciales –pues de ellas se han ocupado ya otras secciones periódicas de esta Revista–, para centrar la atención en otro tipo de documentos de referencia como informes, estudios, comunicaciones a congresos, documentos preliminares, etc., que además de ayudarnos a interpretar o contextualizar las normas adop-

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

(2) David MOYA: "Actividad institucional, Bibliografía y documentación en al ámbito de la inmigración (enero 2006-junio 2007)", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 16,* noviembre 2007, pp. 9-46.

tadas, también nos permiten seguir la actividad de las instituciones, y obtener una imagen de conjunto más afinada y sugerente sobre las grandes líneas de debate y actualidad en materia de inmigración. Como suele ser inevitable en toda selección, ésta parte de una valoración subjetiva de cuáles son las cuestiones y documentos más relevantes en cada período analizado.

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

El fenómeno migratorio viene siendo objeto de atención desde hace años por parte de diferentes organizaciones internacionales, de las cuales la Organización de las Naciones Unidas (ONU, en adelante) constituye el primer referente, a cuya labor se dedicará un primer apartado de esta crónica. Por la importancia de su trabajo, merecerá un análisis separado la agencia de Naciones Unidas especializada en la protección de los refugiados y desplazados: el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). También se tratarán en otros subapartados dos de las organizaciones internacionales más activas en la esfera internacional en materia de migraciones internacionales: la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Por último, al final se ofrecerá una breve reseña sobre la actividad del Banco Mundial (BM) con relevancia sobre inmigración. Los escasos avances de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en la liberalización de servicios derivada de las Rondas Urugay y Doha, justifican excluir su análisis pormenorizado en esta crónica, más allá de una simple nota[3].

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

Como apuntábamos en la crónica anterior, la actividad de la ONU en materia de inmigración se aglutina en torno a la labor realizada por la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos –y en especial de su Comité para los Trabajadores Migratorios–, y, en menor medida, la División de Población.

A lo largo de su 62º período de sesiones y al igual que en años anteriores, la **Asamblea General** de Naciones Unidas ha continuado prestando atención al fenómeno de la inmigración a través de un conjunto de resoluciones en ámbitos como el respeto a las religiones[4], la lucha contra el

(3) Tras la suspensión en 2006 de todas las negociaciones de la Agenda Doha, y tras un proceso de consultas en 2006 y de posteriores negociaciones en 2007, la OMC organizó el 21 de julio de 2008 en Ginebra una nueva ronda de negociaciones entre los Estados miembros con la intención de avanzar en la dirección marcada en la Ronda Uruguay en 1994 (GATS) y por la posterior Agenda planteada en la Declaración de la Ronda de Doha, no obstante, tras diez días de intensas negociaciones y de una aproximación en numerosos puntos la dificultad para alcanzar un punto intermedio entre los intereses de los países más industrializados y los países menos industrializados respecto a la denominada cláusula especial de salvaguarda para estos últimos impidió lograr un acuerdo; posteriormente, el Director General, Sr. Pascal Lamy urgió al Consejo General a preservar los acuerdos alcanzados durante la ronda de negociaciones ("July 2008 package") como punto de partida para posteriores negociaciones en este terreno. Las negociaciones pueden seguirse a través de los comunicados de prensa y diversos documentos en *http://www.wto.int/english/news_e/archive_e/dda_arc_e.htm.*

(4) A/RES/62/157 11 Mar. 2008 *Elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief;* A/RES/62/154, 6 Mar. 2008 *Combating defamation of religions ;* A/RES/62/90 25 Ene. 2008 *Promotion of interreligious and intercultural dialogue, understanding and cooperation for peace*.

racismo[5], la protección de los inmigrantes y en especial de las trabajadoras inmigrantes[6], el Foro Global sobre Migraciones y Desarrollo[7], la diversidad cultural[8] o la protección de desplazados y refugiados, aspecto este último sobre el que se volverá más tarde al revisar la acción del ACNUR.

Muchas de estas Resoluciones pueden encontrarse en el informe de actividad que el **Consejo de Derechos Humanos**[9] eleva anualmente a la Asamblea General[10]. En el seno del Consejo existen órganos especializados instituidos por los diversos tratados para garantizar su supervisión y cumplimiento, algunos de ellos admiten demandas individuales y en sus informes abordan los derechos de los inmigrantes. Así, entre otras decisiones el Comité de Derechos Humanos, en su labor de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha adoptado la Comunicación 1513/2006 de 22 de julio de 2008, *Vital Maria Fernández v. Países Bajos*[11], sobre separación de los hijos respecto de sus padres en el marco de un procedimiento de deportación; Comunicación 1543/2007 de 22 de julio de 2008, *Claudia Aduhene y Daniel Agyeman v. Alemania*[12], sobre la injerencia en la vida familiar como consecuencia de la expulsión; *Singh v. Canada*[13] sobre la supuesta discriminación que supone la exigencia de diez años de residencia previa para la obtención de una prestación por jubilación; *Surinder v. Canada*[14] también sobre el peligro de tratos inhumanos presentada por una solicitante de asilo cuyo caso había sido rechazado por las autoridades canadienses.

Otro órgano que vela por el respeto de un Tratado, de la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*[15], es el **Comité**

(5) A/RES/62/220 26 Feb. 2008. *Global efforts for the total elimination of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance and the comprehensive implementation of and follow-up to the Durban Declaration and Programme of Action*; A/RES/62/142, 22 Feb. 2008. *Inadmissibility of certain practices that contribute to fuelling contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance.*

(6) A/RES/62/156, 7 Mar. 2008. *Protection of migrants*; A/RES/62/132, 31 Ene. 2008, *Violence against women migrant worker.*

(7) A/RES/62/270, 30 Jun. 2008. *Global Forum on Migration and Development.*

(8) A/RES/62/155, 7 Mar. 2008. *Human Rights and cultural diversity.*

(9) La Comisión sustituye al Comité de Derechos Humanos y sus subgrupos de trabajo, que con su 62ª Sesión (2006) cesó definitivamente su labor. Durante el período analizado el Consejo celebró su 6ª, 7ª y 8ª sesiones ordinarias y su 5ª, 6ª y 7ª sesiones extraordinarias.

(10) A/63/53 *Report of the Human Rights Council,* Sixth session (10-28 September and 10-14 December 2007), Seventh session (3-28 March and 1 April 2008), Eighth session (2-18 June 2008), Fifth special session (2 October 2007), Sixth special session (23-24 January 2008), Seventh special session (22 May 2008), disponible en *http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/63/53&Lang=E*.

(11) CCPR/C/93/D/1513/2006 de 6 de agosto de 2008.

(12) CCPR/C/93/D/1543/2007 de 6 de agosto de 2008.

(13) CCPR/C/94/D/1506/2006, de 18 de noviembre de 2008.

(14) CCPR/C/94/D/1455/2006 de 18 de noviembre de 2008.

(15) Aprobada y abierta a la firma por Resolución 45/158 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1990. Desde la crónica anterior dos países más se han sumado al Convenio (Argentina y Albania, incorporados durante la segunda mitad de 2007) con lo que pasan a ser treinta y siete Estados.

para los Trabajadores Migratorios[16] que en noviembre de 2007 y en abril de 2008 celebraba sus séptimo y octavo períodos de sesiones[17], durante los cuales se han recibido los informes de Bosnia-Herzegovina, Colombia y Filipinas[18], se han analizado los informes de Ecuador, Bolivia y Siria[19], y en el último período de sesiones el Comité presentaba su *Informe de actividad 2007*[20].

A su vez, el **Relator Especial para los Derechos Humanos de los Inmigrantes**, D. Jorge Bustamante, presentaba a principios del año 2008 ante el Comité de Derechos Humanos el que era ya su tercer Informe Anual[21] (A/HRC/7/12 de 25 de febrero de 2008) en el que abundaba en los problemas provocados por la criminalización de la inmigración y de los trabajadores inmigrantes así como por la externalización de los controles migratorios. En 2008, el Relator Especial presentaba también un informe sobre Estados Unidos (A/HRC/7/12 Add. 1).

Entre las publicaciones elaboradas por los organismos de Naciones Unidas sobre **población e inmigración**, pueden destacarse: UNICEF: *Child Trafficking in Europe: A Broad Vision to Put Children First - Summary Report*, UN Publications, UN Childrens' Fund, 2008; Cameron, Sally & Newman, Edward (eds.): *Trafficking in Humans: Social, Cultural and Political Dimensions*, UN University, New York 2008. Del Popolo, Fabiana; Oyarce, Ana María; Ribetta, Bruno, y Rodríguez, Jorge: *Indigenous Peoples and Urban Settlements: Spatial Distribution, Internal Migration and Living Conditions*, Serie: Población y Desarrollo, No. 78, UN publications, New York 2008; *Assuring Development Gains and Poverty Reduction from Trade: The Labour Mobility and Skills Trade Dimension, United Nations, United Nations Conference on Trade and Development*, New York 2008; *Measuring Population and Housing: Practices of UNECE Countries in the 2000 Round of Censuses*, New York 2008, *Implementing the Millennium Development Goals: Challenges and Responses for Public Administration - Contribution of the United Nations Committee of Experts on Public Administration*, New York 2008.

(16) *http://www.ohchr.org/spanish/bodies/cmw/index.htm.*

(17) El cuarto período de sesiones se recoge junto al tercero en el *Informe del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares* (A/61/48).

(18) Que se suman a los de México y Mali se suman ya los de Egipto, Siria, Bolivia, Ecuador, El Salvador y Azerbaiyán, *http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/sessions.htm*

(19) Pueden consultarse en *http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmws07.htm* y *http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmws08.htm.*

(20) *Report of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families: Seventh Session (26-30 November 2007), Eighth Session (14-25 April 2008), http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/434/33/PDF/G0743433.pdf?OpenElement*

(21) *http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/7session/A-HRC-7-12.doc.*

B) El ACNUR y la protección de los refugiados

Con una estructura financiera saneada en proceso de reorganización[22], el Sr. Antônio Manuel de Oliveira Guterres, en su tercer año como Alto Comisionado para los Refugiados, presentaba ante la Asamblea General de Naciones Unidas su segundo informe de gestión[23], respecto del período 2007-2008. La Asamblea General ha recogido algunas de las propuestas del Alto Comisionado en sus resoluciones[24]. En cualquier caso, el Alto Comisario rinde cuentas en dicho informe del incremento en los últimos años en el número de refugiados (11,4 millones), desplazados internos por conflictos (26 millones) o desplazados por razones ambientales (26 millones); de hecho esta última causa de los desplazamientos está despertando una creciente atención, no sólo por su impacto actual, sino también por el potencial que presenta para desplazar la primera causa de desplazamiento que eran los conflictos humanos[25]. Evidentemente, esta tendencia se observa en el planteamiento de la estrategia global del ACNUR y en el diseño de los proyectos nacionales y regionales que recogen los tradicionales *Informe Mundial 2007* publicado en junio de 2008 o *Programas y Estrategias del ACNUR en 2008-2009 (Global Appeal, 2008-2009*) de noviembre de 2007[26], aunque en términos generales se siguen recogiendo intervenciones tradicionales como la mejoría de la salud, la nutrición, la prevención de la violencia sexual, la transmisión del VIH/SIDA, el acceso a la educación y la intervención de emergencia, así como en los informes del Comité Permanente y del Comité Ejecutivo.

En efecto, la 58ª Sesión Plenaria del Comité Ejecutivo de octubre de 2007, junto a las habituales decisiones sobre aspectos financieros y de funcionamiento interno de la institución, recogidas en el informe anual de este órgano[27], permitió la adopción de una *General Conclusion on Chil-*

(22) Para la labor que le ha sido encomendada, el ACNUR contaba en 2007 con un presupuesto suficiente (casi 1,5 millones de dólares) si bien la crisis económica mundial ha generado algunas incógnitas respecto a su presupuesto para 2008-2009 (estimado en 1,56 millones) además de obligar a algunos reajustes respecto de las previsiones iniciales debidos a la depreciación en el cambio del dólar. El presupuesto de ACNUR se está reorganizando, pues ha pasado a una formulación por períodos bianuales, aprobada en la 58ª Sesión del Comité Ejecutivo, y que para el período 2010-2011 implicará la adopción de una nueva estructura en cuatro componentes: (a) Programa Global de Refugio; (b) Programa Global de Apatridia; (iii) Programa Global de Reintegración; y (iv) Proyectos Globales IDP.

(23) *Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, 2007 (covering the period from 1 January 2007 to 30 June 2008)*, 9 October 2008, Doc. A/63/12 Supp. Disponible en *http://www.unhcr.org/excom/EXCOM/492d1f6a2.pdf*.

(24) A su vez la Asamblea General ha adoptado diversas Resoluciones sobre la protección de los refugiados *Protection of and assistance to internally displaced persons*, 6 March 2008, A/RES/62/153, *Assistance to refugees, returnees and displaced persons in Africa*, 24 January 2008, A/RES/62/125, que sigue al precedente informe fechado el 30 de enero de 2007.

(25) Junto a los factores ambientales, el incremento en el número de refugiados y desplazados para los próximos años se identifica con la evolución de varios conflictos en curso (Irak, Afganistán, Sudán), así como con el incremento de los precios de los alimentos, respecto de los cuales son extraordinariamente sensibles las poblaciones de los países que albergan a refugiados y desplazados (Kenia, Congo, etc.) o que dependen de la ayuda internacional (Chad, República Centro-Africana, Somalia, etc.).

(26) Informes anuales disponibles en *http://www.unhcr.org/publ/3b7b87e14.html*.

(27) UNHCR, *Report of the Executive Committee of the Programme of the United Nations High Commissioner for Refugees. Fifty-eighth Session (1-5 October 2007)*, A/62/12/Add.1, disponible *http://www.unhcr.org/excom/EXCOM/474559ff2.pdf*.

dren at Risk No. 107 (LVIII-2007), mientras que para la 59ª Sesión del Comité Ejecutivo[28], prevista para octubre de 2008[29] se preparaba una conclusión general sobre la protección internacional. A su vez, de las tres reuniones celebradas en el período estudiado (Sesiones 40ª, 41ª y 42ª, celebradas en septiembre de 2007, marzo de 2008 y junio de 2008), el Comité Permanente del ACNUR además de ocuparse también de aspectos financieros y de organización interna[30], ha tratado aspectos como las necesidades actuales de protección, edad y género en la condición de refugiados, el reasentamiento o las situaciones de emergencia[31]. Una recopilación temática de las principales conclusiones del ACNUR puede encontrarse en UNHCR, *A thematic compilation of Executive Conclusions*, 3rd. Edition, August 2008[32].

Sobre la protección de los refugiados en general destacaron durante 2007-2008 los siguientes documentos del ACNUR: Claas Morlang & Sheri Watson: *Tertiary Refugee Education Impact and Achievements. 15 Years of DAFI*, UNHCR Geneva, November 2007, UNHCR: *Protracted Refugee Situations*. *High Commissioner's Initiative*, December 2008, *Enfoque Comunitario en las operaciones del ACNUR, 2008* enero 2008, *Herramienta para identificación de personas en mayor riesgo. Manual de usario*, junio de 2008, *La Protección Internacional de las Niñas y Niños no Acompañados o Separados en la Frontera Sur de México 2006-2008*, México, octubre de 2008. Una mención aparte merecen las publicaciones aparecidas en el terreno estadístico, ACNUR viene elaborando algunas recopilaciones de referencia, como *UNHCR: Global provider of refugee and asylum data*, June 2008; *2007 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons,* June 2008; *UNHCR Statistical Yearbook 2006*, December 2007, además de otras de carácter más específico como *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries, First Half 2008: Statistical overview of asylum applications lodged in 38 European and 6 non-European countries* 17 October 2008, o *Millennium Development Goals: The living conditions of*

(28) *Resolution adopted by the General Assembly. Enlargement of the Executive Committee of the Programme of the United Nations High Commissioner for Refugees*, 62nd Session, A/62/123, 24 January 2008, disponible en *http://www.unhcr.org/excom/EXCOM/4815d67a2.pdf*. En esta sesión, el Comité Ejecutivo ya ha actuado ampliando de 72 a 76 miembros.

(29) Esta reunión queda fuera de la presente crónica, aunque para una revisión de los acuerdos adoptados durante la misma puede acudirse a *http://www.unhcr.org/excom/486c900d2.html.* Destaca la adopción de la *General Conclusion on International Protection No. 108* (LIX-2008).

(30) Del Comité Permanente pueden destacarse *Standing Committee Work Programme for 2008*, 28 February 2008, EC/59/SC/CRP.2/Rev.1, *Policy Framework and Implementation Strategy*, 11 February 2008, EC/59/SC/CRP.5, *Policies and Interventions*, 2 June 2008 HIV and AIDS EC/59/SC/CRP.15, *Real-time evaluations of UNHCR's involvement in operations for internally displaced persons and the cluster approach: Analysis of findings*, 29 August 2007, EC/58/SC/CRP.23.

(31) Véanse los documentos: *Assessing the Unmet Needs of Populations of Concern*, 22 February 2008, EC/59/SC/INF.1, *Note on International Protection*, 11 June 2008, EC/59/SC/CRP.10, *Protracted Refugee Situations: Revisiting the Problem*, 2 June 2008, EC/59/SC/CRP.13, *Progress Report on Resettlement*, 2 June 2008, EC/59/SC/CRP.11, *Report on Age, Gender and Diversity Mainstreaming*, 2 June 2008 EC/59/SC/CRP.14, *UNHCR's Role in Support of the Return and Reintegration of Displaced Populations: Emergency preparedness and response*, 29 August 2007, EC/58/SC/CRP.22, consultables en *http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/doclist.*

(32) *http://www.unhcr.org/publ/PUBL/3d4ab3ff2.pdf.*

refugees in Armenia and Pakistan, asylum-seekers in Ecuador and internally displaced persons in Sri Lanka, Ed. Netherlands Interdisciplinary Demographic Institute 2007, entre otras[33].

Del mismo modo, entre los *Research Working Papers*[34] elaborados durante este período destacan: Alexandra Fielden: *Local integration: an under-reported solution to protracted refugee situations*, June 2008, Research Paper No. 158; Rebecca Dowd: *Trapped in transit: The plight and human rights of stranded migrants*, June 2008, Research Paper No. 156; Jeff Crisp: *Beyond the nexus: UNHCR's evolving perspective on refugee protection and international migration*, April 2008, Research Paper No. 155; Maria Stavropoulou: *Influencing state behavior for refugee protection: UNHCR and the design of the refugee protection regime*, April 2008, Research Paper No. 154; Etienne Piguet: *Climate change and forced migration*, January 2008, Research Paper No. 153; Aderanti Adepoju, Alistair Boulton and Mariah Levin: *Promoting integration through mobility: free movement and the ECOWAS Protocol*, December 2007, Research Paper No. 150; Kaori Saito: *International protection for trafficked persons and those who fear being trafficked*, December 2007, Research Paper No. 149; Kirsten Zaat: *The protection of forced migrants in Islamic law*, December 2007, Research Paper No. 146; John Gibson: *The removal of failed asylum seekers: international norms and procedures*, December 2007, Research Paper No. 145.

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

Siguiendo la tendencia de años anteriores, la OIM ha continuado creciendo tanto en miembros, que en junio de 2008 eran ya 125 –entre los cuales estaba España–, como en presupuesto[35]. El período cubierto por la presente crónica ha coincidido con el último año de trabajo del Director General de la OIM, D. Brunson McKinley al que sucedería el 1 de octubre de 2008 D. William Lacy Swing, elegido el 18 de junio del mismo año, embajador de los Estados Unidos con una amplia experiencia en el Departamento de Estado que ha desempeñado importantes responsabilidades en Naciones Unidas[36].

Así pues, y en previsión de algunos cambios inherentes a la nueva dirección que deberán tomar cuerpo a lo largo de 2009, en este período la OIM ha mantenido las grandes líneas de activi-

(33) En la web del ACNUR puede encontrarse una selección de estas series de datos, así como diversos programas de representación de su distribución geográfica, véase *http://www.unhcr.org/statistics.html*.

(34) *http://www.unhcr.org/doclist/research/3b8a11284.html*.

(35) La OIM pasaba de aproximadamente 783.800.000 $ en 2007 a una previsión de 760.000.000 $ para 2008, combinando Programas de Administración y de Operaciones, llevándose el Programa de Operaciones la mayor parte del presupuesto (751.800.000 $). Sin embargo, estas cantidades no incluyen ni la totalidad de los fondos gestionados directamente por la OIM, pues a ésta se suma aquella incluida en los acuerdos bilaterales entre la Organización y sus Estados miembros respecto de cooperación en ámbitos específicos, ni tampoco la que gestiona en colaboración con Naciones Unidas, ni la que se propone a los Estados miembros financiar fuera del presupuesto ordinario, y que en 2008 se articularon ya entorno a las directrices establecidas por los Estados miembros en un documento estratégico (MC/INF/287) que establecía el rol, dirección y prioridades para el año siguiente de la IOM.

(36) En la última década ha sido sucesivamente Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la República Democrática del Congo y Representante Especial del Secretario General para el Sáhara Occidental y de Jefe de la Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum del Sáhara Occidental (MINURSO).

dad del año anterior: uno, asistencia a los Estados miembros en distintos aspectos de gestión migratoria, especialmente en situaciones de crisis; dos, asistencia en el desarrollo de normas, políticas públicas y buenas prácticas; y tres, la protección de los derechos de los inmigrantes, especialmente en las áreas de salud y género[37]. Durante 2007-2008, la IOM ha continuado prestando especial atención a las relaciones entre migración y desarrollo, añadiendo a su perspectiva sobre la cuestión las relaciones entre cambio medioambiental y movilidad humana[38], que este año han cobrado gran interés en el debate internacional.

Así, la IOM ha continuado sus trabajos de investigación y discusión sobre **inmigración y desarrollo económico**, en línea de continuidad con la atención prestada en el marco del Diálogo de Alto Nivel sobre Migraciones y Desarrollo auspiciado por Naciones Unidas, aportando al mismo diversos estudios: *Migration, Development and Poverty Reduction* (2007), *Living Across Worlds: Diaspora, Development and Transnational Engagement* (2007), *Migration and Development: Perspectives from the South* (2008), *Migration and Development Within and Across Borders: Research and Policy Perspectives on Internal and International Migration* (2008), y de la colección Migration Research Series (MRS) *Migration and Development: Achieving Policy Coherence* MRS no 34 (2008). En este sentido, la OIM ha participó activamente en el *I^er^ Forum Global de Migración y Desarrollo* celebrado en Bruselas en julio de 2007, cuya siguiente edición está prevista para finales de 2008 en Manila.

Respecto de la relación entre **medio ambiente y movilidad humana**, a la que la IOM en los últimos años había prestado ya cierta atención, destacan *Migration, Development and Natural Disasters: Insights from the Indian Ocean Tsunami* MRS nº 30 (2007), *Migration and the Environment: Developing a Global Research Agenda* (2008), *Migración y cambio climático* MRS núm. 31 (2008) y *Climate Change and Migration: Improving Methodologies to Estimate Flows* MRS n° 33 (2008). El renovado interés por el tema se ha reflejado también en la convocatoria en 2008 de un Seminario de Expertos en el marco del International Dialogue on Migration, cuyas aportaciones al mismo se recogen en el volumen núm. 10 de la Migration Series bajo el título *Diálogo Internacional sobre la Migración: Seminario de Expertos: Migración y Medio Ambiente* (2008).

Diversos estudios pueden enmarcarse en la amplia línea de trabajo de apoyo a los Estados en todos los aspectos relacionados con la **gestión migratoria**, de los que pueden destacarse: *Sharing Data – Where to Start: An Emerging Approach to Migration Data Management* (2007), *Permanent or Circular Migration? Policy Choices to address Demographic Decline and Labour Shortages in Europe* (2007), *Experts Seminar No 11 – Migrants and the Host Society: Partnerships for Success* (2008), *Gender and Labour Migration in Asia* (2008), *Migración irregular del África Occidental hacia el Magreb y la Unión Europea: Panorama general de las tendencias recientes* MRS nº32 (2008) o *Assessing the Costs and Impacts of Migration Policy: An International Com-*

(37) Una idea de la amplitud de las acciones y proyectos en manos de la OIM durante 2006 puede obtenerse de la lectura del *Informe de Actividades 2007*, (*http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/docs/dg_annualreport_2007_es.pdf*) así como de las líneas de actividad previstas para 2008 así como su presupuesto (*http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/docs/bluebook_2008_es.pdf).*

(38) La gran mayoría de publicaciones e informes de la OIM pueden consultarse en *http://www.iom.int.*

parison (2008) que tocan algunas cuestiones que conforman el debate actual en inmigración en Europa. Por otro lado, aspectos de tradicional interés para la OIM como el **tráfico de personas y la inmigración ilegal** han continuado generando trabajos como *Addressing the Irregular Employment of Immigrants in the European Union: Between Sanctions and Rights* (2007), *Situation Report on International Migration in East and South-East Asia: Regional Thematic Working Group on International Migration including Human Trafficking* (2008), *ASEAN and trafficking in persons: using data as a tool to combating trafficking in persons* (2007), *The IOM handbook on direct assistance to victims of human trafficking* (2007), *Trafficking in Human Beings and the 2006 World Cup in Germany* MRS n° 29 (2007).

Finalmente, entre el resto de **publicaciones** pueden destacarse los artículos publicados en la revista *Internacional Migration* que en los números publicados entre junio de 2007 y junio de 2008 entre una variedad de temas pueden destacarse los artículos dedicados al concepto de apoyo social a los inmigrantes, la integración económica, las causas de la inmigración clandestina, la relación entre inmigración y ayuda al desarrollo o el retorno voluntario[39]. Igualmente destacables este año son la publicación del volumen núm. 15 de la colección *International Migration Law,* dedicado al estudio específico de los menores inmigrantes *Human Rights of Migrant Children (2008)*, y un estudio comparativo de la legislación de inmigración en los 27 Estados miembros, *Comparative study of the laws for legal immigration in the 27 EU Member States*[40], realizado a petición del Parlamento Europeo por el Departamento de Asuntos Legales y Derecho de la Inmigración de la OIM y presentado en febrero de 2008.

Mención aparte merece la publicación *World Migraton Report 2008 Managing Labour Mobility in the Evolving Global Economy (2008),* obra de referencia de la OIM tanto para el público general como para los expertos, y de elaboración bianual.

D) La Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Entre 2007 y 2008 la producción normativa de la OIT en materias relacionadas con la inmigración ha sido bastante escasa: no se ha adoptado ningún nuevo convenio, y respecto del Convenio núm. 97 sobre migración laboral (1949) apenas destaca su ampliación a Kyrgyzstan[41]. Ello no significa, sin embargo, que la OIT haya permanecido inactiva en este ámbito.

En el plano de la asistencia técnica y operativa, la sección de Migración Internacional de la OIT ha continuado con la mayor parte de proyectos en funcionamiento en 2007 (Marco Multilateral

(39) Miriam Stewart, Joan Anderson, Morton Beiser, Edward Mwakarimba, Anne Neufeld, Laura Simich, Denise Spitzer: "Multicultural Meanings of Social Support among Immigrants and Refugees", *International Migration* Volume 46, Issue 3, pp. 123 – 159, 2008; Jean-François GODIN: "Immigrant Economic Integration: A Prospective Analysis over Ten Years of Settlement" *International Migration* Volume 46, Issue 2, 2008 pp. 135-165; Joan Lacomba, Alejandra Boni: "The Role of Emigration in Foreign Aid Policies: The Case of Spain and Morocco", *International Migration* Volume 46 Issue 1, pp. 123 – 150, 2008; Peter Jensen, Peder J. Pedersen, "To Stay or Not to Stay? Out-Migration of Immigrants from Denmark", *International Migration,* Volume 45 Issue 5 , pp. 87-113, 2007.

(40) Disponible en *http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/law/legal_immigration_en.pdf.*

(41) *http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm.*

de Migración Laboral[42], proyectos para los desplazados en Afganistán con financiación de la UE, capacitación de gobiernos y agentes sociales de las regiones del Magreb, Este y Oeste de África en la gestión de sus flujos migratorios laborales[43], etc.). En 2008 ha iniciado, además, un proyecto en los países de la región andina como Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú y la Comunidad Andina (CAN) con el objetivo fortalecer las capacidades de los gobiernos, instituciones y actores sociales para la mejora de la gestión de los flujos migratorios con destino a España[44]. El proyecto tiene como finalidad establecer una instancia de coordinación intersectorial sobre la migración laboral en cada país, organizar sistemas de información por países y elaborar y difundir estudios sobre migración laboral que contribuyan a la formulación de políticas encaminadas a gestionar adecuadamente la migración y potencien sus beneficios en los países de origen y de destino, sirviendo, al mismo tiempo, de base para mejorar los marcos bilaterales de gestión de la migración laboral existentes. En otra región distinta y en cooperación con las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), a finales del 2007 la OIT, en colaboración con Naciones Unidas, ponía en marcha un nuevo proyecto de desarrollo comunitario sostenible en Tayikistán, con el fin de prevenir la trata de seres humanos[45], trabajo que se enmarca en una actuación más amplia con Kazakhstan y la República de Kyrghyzia. De hecho, es ya una tendencia clara en la OIT la integración en sus programas, la protección contre el tráfico de seres humanos; así, por ejemplo, los proyectos en marcha con Moldova, Albania, Ucrania para prevenir el tráfico de mujeres mediante la formación y capacitación laboral[46].

A esta labor técnica y operativa acompaña, y en ocasiones precede una labor de investigación y análisis por parte de la Organización. Así, en materia de discriminación laboral, el Informe del Director General titulado *Equality at work: tackling the challenges*[47] (2007) ofrece un análisis general de este fenómeno, apuntando aquellos puestos de trabajo más expuestos a la discriminación, citando los progresos y los fracasos en la lucha para combatir la discriminación, y las formas que ésta reviste, desde las más tradicionales como sexo, raza o religión, a nuevas formas basadas en la edad, la orientación sexual, el VIH / SIDA o la discapacidad[48]. Igualmente, la OIT ha abordado el análisis de otros aspectos relacionados con la gestión de la inmigración en diversos estudios, por ejemplo, el informe general titulado *Towards Effective Temporary Worker Programs: Issues and Challenges in Industrial Countries* (IMP 89), o mediante un *Handbook on*

(42) *ILO Multilateral Framework on Labour Migration: Non-binding principles and guidelines for a rights-based approach to labour migration,* Publications Office, ILO, Geneva 2006, disponible en castellano en *http://www.ilo.int/public/english/protection/migrant/download/tmmflm-sp.pdf.*

(43) Una descripción de los proyectos puede obtenerse en *http://migration-africa.itcilo.org/.*

(44) *http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/areas/tcprojects.htm#2.*

(45) *http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/I-News/lang--en/WCMS_083243/index.htm.*

(46) *http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/areas/tcprojects.htm#53.*

(47) *http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/info/index.htm.*

(48) *http://www.ilo.org/public/english/wcsdg/docs/report.pdf.* Del mismo órgano, destaca el informe *A fair globalization: Creating opportunities for all,* donde se examinan las diversas facetas de la globalización, la diversidad de las percepciones del público del proceso, y sus consecuencias para el progreso económico y social, para proponer la adopción de una serie de medidas dirigidas a mejorar la gobernanza y la rendición de cuentas en los planos nacional e internacional.

Labour Migration for the Mediterranean 2007, elaborado conjuntamente por la OIT, la OSCE y la OIM para ofrecer algunas orientaciones para que gobiernos e interlocutores sociales puedan regular mejor la migración laboral en el área del Mediterráneo[49], o en 2008 *Promoting the rights of migrant workers - A shared responsibility*, inicialmente pensado como una contribución de la OIT a la Segunda Reunión del Forum Global de Migración y Desarrollo en Manila.

Finalmente, para abordar la compleja problemática del tráfico de personas la OIT ha elaborado durante 2008 el documento *Action against trafficking in human beings, 2008,* donde se aborda la trata desde una perspectiva de mercado de trabajo, tratando de redefinir las áreas prioritarias de intervención a partir de la identificación de las causas profundas de este fenómeno, como la pobreza, la falta de empleo y la ausencia de programas eficientes de contratación de trabajadores migrantes[50].

E) El Banco Mundial (BM)

Aunque otras unidades y grupos de trabajo del Banco Mundial también abordan el fenómeno migratorio, es el *Programa en Migraciones Internacionales y Desarrollo,* incardinado en el Grupo de Investigación sobre Desarrollo[51] del Banco, el que se encarga de recopilar y analizar los datos y la información disponible sobre inmigración, fundamentalmente desde la perspectiva del impacto económico de la misma en el desarrollo, a fin de identificar políticas, normas y reformas institucionales que permitan a los países desarrollados y a los que están en vía de desarrollo aprovechar mejor este fenómeno.

En este sentido, el Programa viene marcando los temas de mayor importancia del momento, como la relación entre **inmigración y desarrollo**, y en especial el rol de las remesas, sobre las que se publicaban algunos tratamientos generales de interés[52]: Richard H. Adams, Jr.: *What is the relationship between remittances and poverty?* Research Highlight No. 17, marzo 2007; Adams, Richard H., Jr,: *The demographic, economic and financial determinants of international remittances in developing countries,* WPS4583, marzo 2008; o Anderson, Kym; Winters, L. Alan: *The challenge of reducing international trade and migration barriers*, WPS4598, abril 2008. En una línea parecida las relaciones entre **comercio e inmigración**, ilustradas con dos "Research Policy Working Pa-

(49) El documento puede consultarse en *http://www.ilo.org/global/Themes/Labour_migration/lang--en/index.htm.*Esta publicación parece ir en la estela del más general *Handbook on Establishing Effective Labour Migration Policies in Countries of Origin and Destination,* guía también elaborada en colaboración con la OCDE y la OIM dirigida a Estados y otros agentes, recopilando algunas de las nuevas prácticas así como de las políticas más eficaces para la gestión de flujos migratorios laborales entre países de origen y destino, Nilim Baruah y Ryszard Cholewinski (coord.), disponible en *http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/osce_handbook_06.pdf.*

(50) *www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_090356.pdf.*

(51) *http://www.worldbank.org/Data & Research > Research > Programs > International Migration and Development.*

(52) Entre los estudios por países, véase Goto, Junichi: *What do we know about the Japan-Brazil migration and remittance corridor?*, Research Highlight No. 20, mayo 2007, Niimi, Yoko; Pham, Thai Hung; Reilly, Barry: *Determinants of remittances: recent evidence using data on internal migrants in Vietnam*, WPS4586, abril 2008, o Cuecuecha, Alfredo; Page, John, *Remittances: consumption and investment in Ghana* WPS4515, febrero 2008.

pers" sobre el caso de Albania[53] y otro sobre Bangladesh[54]. También la fuga de cerebros ha ocupado el interés del Banco, por ejemplo en el ámbito sanitario como puede leerse en Adams, Richard H., Jr.; Rutten, Martine, *Medical migration : what can we learn from the UK's perspective ?* WPS4593, abril 2008. Igualmente destacable es un trabajo sobre las redes migratorias y su importancia en las decisiones y formas de emigración, en Rapoport, Hillel and McKenzie, David *How Do Migration Networks Influence Migrating Decisions?* Research Highlight No. 18 March 2007.

Finalmente, la publicación de dos libros ha abierto también una nueva línea de trabajo que incluye la **perspectiva de género** en el estudio de la inmigración: por un lado, *La migración internacional de la mujer* de Maurice Schiff, Andrew R. Morrison, Mirja Sjöblom (2007), contribuye a reducir con seis estudios económicos la relativa laguna existente de estudios con perspectiva de género en la literatura sobre migración internacional; por otro lado, *International migration, economic development & policy*, de Çalar Özden y Maurice Schiff, se presenta como el segundo volumen de una amplia investigación[55] que ahora incorpora esa perspectiva de género para diferenciar con mayor detalle el impacto de la inmigración en las remesas, en las tasas de fecundidad en el país de origen, y en la migración temporal o de retorno[56].

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

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

Como es sabido, el Consejo de Europa es una organización internacional de carácter regional entre cuyos fines fundacionales se encuentra la promoción de la democracia y los derechos humanos en toda Europa. Para ello cuenta con una serie de órganos e instituciones que en su actividad ordinaria vienen elaborando un cuerpo de resoluciones, recomendaciones y sentencias de referencia obligada.

El primero de esos órganos es la **Asamblea Parlamentaria** que a lo largo de 2007-2008 adoptaba una serie de recomendaciones y resoluciones sobre inmigración[57], de las que aquí cabe destacar la

(53) Kilic, Talip; Carletto, Calogero; Davis, Benjamin; Zezza, Alberto: *Investing back home: return migration and business ownership in Albania,* WPS4366, septiembre 2007. Miluka, Juna; Carletto, Calogero; Davis, Benjamin; Zezza, Alberto,: *The vanishing farms? the impact of international migration on Albanian family farming* WPS4367, septiembre 2007.

(54) Shilpi, Forhad: *Migration, sorting and regional inequality: evidence from Bangladesh* WPS4616, mayo 2008.

(55) Véanse a este efecto las publicaciones anteriores de estos autores, así como el trabajo precedente en el Banco Mundial titulado *International migration, remittances and brain drain* (2005).

(56) Ambas publicaciones pueden localizarse en *http://econ.worldbank.org/*.

(57) *http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListing_E.asp.* Otras destacables serían *Recommendation 1852 Migration and Mobility in the Eurasian Region – Prospects for the future* (2008), *Resolution 1639 Migration and Mobility in the Eurasian Region – Prospects for the future* (2008) o *Recommendation 1815 Prostitution – Which stance to take?* (2007).

Recommendation 1850 Europe's "boat-people": mixed migration flows by sea into southern Europe (2008), *Resolution 1637 Europe's "boat-people": mixed migration flows by sea into southern Europe* (2008), las *Recommendation 1839* y *1840 así como las Resolution 1617* y *1618* todas de 2008 tituladas *The state of democracy in Europe. Specific challenges facing European democracies,* dedicadas a diversidad e inmigración y a la participación democrática de los inmigrantes, igualmente las *Resolution 1611 Migration from sub-Saharan Africa* (2008), *Recommendation 1808* y *Resolution 1569 Assessment of transit and processing centres as a response to mixed flows of migrants and asylum seekers* (2007). Muchas de estas recomendaciones serían luego debatidas por el **Comité de Ministros**, que ha efectuado sus propias observaciones a las mismas[58] y adoptado algunas recomendaciones relevantes como *Recommendation (2008)5E on policies for Roma and/or Travellers in Europe, Recommendation (2008)4E on strengthening the integration of children of migrants and of immigrant background, Recommendation (2007)10E on co-development and migrants working for development in their countries of origin, Recommendation (2007)9E on life projects for unaccompanied migrant minors.* Igualmente, el Consejo de Ministros, mediante Resolución (2008)7E establecía el 11 de junio de 2008 las reglas para la elección de los miembros del Grupo de Expertos en la Lucha contra el Tráfico de Seres Humanos (GRETA) del Consejo de Europa.

Otro de los órganos importantes del Consejo de Europa, si no el que más, es el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** que, durante la segunda mitad del 2007 y primera mitad del 2008, ha continuado con su labor jurisprudencial de protección de los derechos de los inmigrantes, en particular respecto de los artículos 3, 5, 8, 13 CEDH. Si atendemos a los casos sobre el artículo 3 CEDH, el Tribunal ha tenido la oportunidad en varias sentencias de perfilar las condiciones en las que debe admitirse que existe riesgo real para la persona si se ejecutara la medida de deportación por padecer el extranjero una enfermedad grave (STEDH *Saadi v. Italia* de 28 de febrero de 2008; STEDH *Nnyanzi v. Reino Unido* de 8 de abril de 2008; STEDH *Sultani v. Francia* de 20 de septiembre de 2007; STEDH *N c. Reino Unido* de 7 de mayo de 2008). Respecto de las condiciones de detención a efectos de internamiento y expulsión, el TEDH ha tenido la ocasión de analizar bajo la óptica de los artículos 3 y 5 CEDH actos policiales dirigidos a humillar y degradar a dos solicitantes de asilo durante su permanencia en la zona de tránsito del aeropuerto, a fin de disuadirles para que abandonaran el territorio nacional (STEDH *Riad y Idiab v. Bélgica* de 24 de enero 2008), así como la violación del derecho al proceso debido y a sus garantías en relación a la legalidad del tiempo de la detención y revisión judicial (STEDH *Ismoilov y otros v. Rusia* de 24 de abril de 2008), revistiendo particular interés el análisis favorable del Tribunal respecto de los centros creados específicamente para tramitar y valorar las solicitudes de los solicitantes de asilo mediante un procedimiento sumario (*fast-track procedure*), aunque finalmente el Tribunal condenara al Estado por la falta de información durante 76 horas de los motivos de la detención del solicitante, y aun entonces a través de su representante y de forma oral (STEDH *Saadi v. Reino Unido* de 29 de enero de 2008). La consideración al derecho a la vida privada y familiar exigido por el artículo 8 CEDH en los casos de detención ha sido obviamente objeto de numerosas sentencias (destacadamente las STEDH *Emre v. Suiza* de 22 de mayo de 2008 y STEDH *C.G.* y otros *v. Bulgaria* de 24 de abril de 2008, interesante esta última al vincularlo también al derecho a un recurso efectivo).

(58) Entre otra, se han discutido las Recomendaciones 1802 (2007), 1807 (2007), 1808 (2007), 1815 (2007) y 1778 (2007), apuntadas anteriormente, véase *http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp.*

Fuera de los casos recaídos sobre aspectos recurrentes de extranjería, el Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre otros derechos cuya alegación es más infrecuentes, como los artículos 1, 9 y Protocolo 1º CEDH. Así, en la STEDH *Addaire Saoud v. Francia* de 9 de octubre de 2007, el Tribunal reitera la importancia de las obligaciones positivas de los Estados en relación a la protección de la vida y condena a Francia por no asegurar un correcto procedimiento de control de las personas que padecen graves trastornos psíquicos (en sintonía con la precedente STEDH *Slimani v. Francia* de 27 de octubre de 2004). En la STEDH *Perry v. Letonia* de 8 noviembre 2007, la denegación de un permiso de residencia permanente por actividades religiosas conduce al Tribunal a determinar que tal denegación carece de fundamento legal alguno en derecho letón así como que los Estados no pueden denegar indebidamente un permiso de residencia por este motivo sin incurrir en una violación del artículo 9 del CEDH. En el campo de los derechos sociales, la STEDH *Luczak v. Polonia* de 27 de noviembre de 2007 el tribunal analiza la existencia de una justificación razonable y objetiva para la distinción por razón de nacionalidad en la afiliación a la Seguridad Social y en el acceso a sus prestaciones desde la óptica del artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH.

El **Comité para la Prevención de la Tortura y los Tratos Inhumanos y Degradantes (CPT)** publicaba en septiembre de 2008 su *18th General Report on the CPT's activities covering the period 1 August 2007 to 31 July 2008*[59], reflejando la actividad del Comité durante este período, que ha sido testigo de la renovación de una parte sustancial de los miembros del Comité, de la revisión de sus normas de funcionamiento (*Revised Rules of Procedure*, marzo 2008[60]), así como de la creación de dos nuevos grupos de trabajo en el seno del mismo, uno de los cuales dedicado a supervisar las garantías de las personas detenidas con base en la legislación de extranjería así como las condiciones en las que se les retiene, con la intención de que el grupo revise los estándares establecidos sobre esta materia por la propia CPT en el pasado[61]. En las visitas a Chipre y Malta de mayo de 2008[62] la atención principal se ha centrado en la observación de las condiciones de detención de los inmigrantes en los centros, sin embargo, ésta sigue siendo una cuestión relevante en las visitas periódicas y *ad hoc* así como en los informes por países[63], de las cuales las más ilustrativas este año han sido las observaciones efectuadas en el *Informe sobre los Países Bajos 2007*[64], donde se subrayó la absoluta falta de idoneidad de la detención prolongada de inmigrantes irregulares en embarcaciones habilitadas como centros de detención, igualmen-

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

(60) Disponibles en *http://www.cpt.coe.int*.

(61) CPT/Inf/E (2002)1 – Rev. 2004.

(62) Léanse las duras críticas recogidas en el Informe sobre Chipre de 2004 publicado un mes antes de la visita de 2008, o el Informe sobre Malta de 2005, publicado en septiembre de 2007.

(63) Visita *ad hoc* a Suiza en octubre de 2007, visita *ad hoc* a Grecia de febrero de 2008, visita periódica a Finlandia en abril de 2008 y su correspondiente *Informe preliminar* –del mismo año–, e *Informe sobre Italia de 2007*, todos ellos disponibles en *http://www.cpt.coe.int*.

(64) Publicado el 5 de febrero de 2008, disponible en *http://www.cpt.coe.int*.

te la necesidad de mejorar las condiciones materiales de vida de los detenidos extranjeros, su régimen de actividades y el acceso a cuidados médicos en un centro de internamiento. Éste es también el caso de España, que en septiembre de 2007 recibía su quinta visita periódica de la CPT, poco después de la publicación el 10 de julio de los dos *informes sobre España* correspondientes a sus visitas de 2003 y 2005, en los que el Comité subrayaba la necesidad de que el CETI de Melilla dispusiera de capacidad suficiente para hacer frente a los incrementos de población detenida ingresada en el Centro, igualmente efectuaban algunas observaciones sobre el tratamiento de los extranjeros detenidos a su entrada irregular en España. A su vez, la visita de septiembre de 2007 tuvo por objeto analizar el tratamiento de los menores no acompañados en las Islas Canarias y en Barajas de las personas no admitidas en España y detenidas en las instalaciones aeroportuarias; como viene siendo habitual en el caso español, pasado un año el Gobierno todavía no ha autorizado la publicación de las observaciones preliminares de la CPT.

En este período de actividad, el **Comité Europeo de Derechos Sociales**[65] **instituido por la Carta Social Europea** ha puesto fin a su procedimiento de evaluación y seguimiento tradicional y en su cuarto ciclo de actividad ha iniciado su actividad conforme a un nuevo calendario y metodología de trabajo implantados a partir de septiembre de 2007, y que se basan en el estudio temático de la Carta[66]. A resultas de ello, la condición de los trabajadores inmigrantes y sus familias deberá ser objeto de estudio monográfico durante el cuarto bloque de estudio (artículo 19 Carta)[67]; sin embargo, al tratarse la inmigración de una cuestión relativamente transversal a toda la Carta, ya en el primer bloque de artículos de la Carta, aquellos concernientes al trabajo y a la formación laboral, se toca en varios informes nacionales el fenómeno de la inmigración, y, en todo caso, el análisis del artículo 18 Carta así lo requiere también[68], de modo que en sus Conclusiones sobre este período ya existen varias infracciones de la Carta en esta materia; así, por ejemplo, Dinamarca respecto del artículo 10.3 Carta (Conclusiones XIX-1), Irlanda respecto del artículo 18.3 Carta (Conclusiones XVIII-2) o Italia respecto del artículo 18.2 Carta (Conclusiones XVIII-2). España, a su vez, fue objeto de estudio en las Conclusiones XIX-1[69] en las cuales el Comité solicitó información suplementaria al Estado español respecto del acceso a formación ocupacional y educación superior de los inmigrantes regulares, posponiendo su conclusión a este respecto, a la presentación de las aclaraciones por el Estado.

(65) Una recopilación de la doctrina del Comité de Expertos sobre los derechos de los trabajadores migrantes en el *Digest of Case-Law of the European Committee of Social Rights http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/Digest-Sept2008_fr.pdf* , documento elaborado el 1 de septiembre de 2008.

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

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

(68) Durante 2007-2008 se adoptaron las Conclusiones XVIII-2 y XIX-1 del Comité de Expertos sobre los artículos 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 y 25 de la Carta.

(69) En el vol. 2 Conclusiones XVIII-1 se encuentran las conclusiones respecto a España, *http://www.coe.int/t/e/human_rights/esc/3_reporting_procedure/2_recent_conclusions/2_by_year/Conclusions-18-1-vol2_en.pdf.*

Igualmente interesantes durante el período analizado han sido algunas de las reclamaciones colectivas dilucidadas por el Comité, en concreto dos, las Decisiones 33/2006 *Mouvement International ATD-Quart Monde contre France* y 29/2006 *Fédération des Associations nacionales de Travail avec les Sans-Abris contre France*, que condenan a Francia por la falta de una actividad suficiente del Estado francés dirigida a facilitar el acceso a la vivienda de protección social de personas en riesgo de exclusión social, especialmente grupos nómadas (*gens du voyage*). Todavía más interesante se presenta la demanda colectiva interpuesta por *Defense for the Children International v. Netherlands (núm. 47/2008)* por considerar contraria a la Carta la legislación holandesa que priva a los menores extranjeros en situación irregular del derecho de acceso a la vivienda, a la asistencia médica y social, a una protección familiar adecuada y la protección frente a la pobreza y la exclusión social, todas ellas en conexión con el principio de no discriminación.

A pesar de todo, llama la atención que, en reuniones con el Comisario Europeo de Derechos Humanos y con el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y ante la evidencia de la limitada repercusión práctica tanto de la Carta como de los informes del Comité, ambos responsables reconocieran la necesidad de que sus instituciones hicieran mayor hincapié en la importancia de la Carta como fuente de interpretación y aplicación de los derechos.

El **Comité Europeo contra el Racismo y la Xenofobia (ECRI)** cerraba en 2007-2008 su tercer ciclo de trabajo, a partir del cual el Comité se ha propuesto, por un lado, dedicar los siguientes informes a revisar el grado de cumplimiento por los Estados del conjunto de recomendaciones realizadas anteriormente, y por otro dedicar su atención a los aspectos de discriminación más específicos de cada país, de forma que éstos se reflejen mejor en sus informes periódicos[70]. En el período aquí estudiado la ECRI publicó en febrero de 2008 los informes sobre Andorra, Letonia, Ucrania y Países Bajos, señalando respecto de estos últimos el progresivo deterioro del discurso público sobre la integración de las minorías étnicas, a pesar de que formalmente este país ha desplegado una red de oficinas para la protección contra la discriminación; en abril de 2008 publicaba también los informes sobre Moldavia, San Marino, Serbia, Liechtenstein y Malta, países estos dos últimos sobre los que ha apuntado, en el caso del primero, la necesidad de que los hijos de inmigrantes no padezcan una situación de desventaja en el sistema educativo, así como la necesidad de mejorar las condiciones de ejercicio de la fe musulmana, y respecto del enclave mediterráneo, la necesidad de asegurar un acceso al trabajo sin discriminación para los solicitantes de asilo, refugiados y beneficiarios de algún estatuto basado en razones humanitarias; durante la primera mitad de 2008 se visitaron también Bulgaria, Hungría y Noruega, países de los que el informe se publicará en breve. Igualmente, en octubre de 2007 la ECRI publicaba su *Recomendación general núm. 11 sobre lucha contra el racismo y la discriminación racial en las actividades de la policía*, mientras elaboraba su *Recomendación núm. 12 sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial en el deporte*, respecto de la que en junio de 2008 abría consultas con algunas entidades concernidas. En una línea de trabajo en clave más interna pero sumamente relevante en el futuro, la ECRI ha constituido en marzo de 2008 (45ª Reunión Plena-

(70) Con este cambio en la metodología de seguimiento de los Estados, el cuarto ciclo de trabajo requerirá de los Estados la presentación de un informe de cumplimiento de las recomendaciones prioritarias de la ECRI cada dos años, lo cual permitirá a la ECRI analizar en pocos años todos los Estados miembros si mantiene el ritmo de elaboración de nueve o diez informes anuales.

ria), un grupo de trabajo encargado de elaborar un documento interno para recoger la posición institucional de la ECRI respecto de las medidas de integración de los inmigrantes, desde el punto de vista de la no discriminación, documento que debía establecer directrices internas a efectos de evaluar la actividad de los Estados en este ámbito. Por último, la ECRI publicó en noviembre de 2007 un informe de estudio de Simon, Patrick: *Statistiques "ethniques" et protection des dones dans les pays du Conseil de l'Europe,* Strasbourg 2007.

Igualmente, de la actividad desarrollada por el **Comisario Europeo por los Derechos Humanos,** D. Thomas Hammarberg, en materia de derechos de los inmigrantes, puede destacarse de manera general que durante su segundo y casi tercer año de mandato ha presentado su *Informe Anual 2007 sobre la situación de los Derechos Humanos en Europa*[71], así como en diciembre de 2007 un "Issue Paper" sobre *La situación de los derechos de los inmigrantes irregulares en Europa*[72]*,* dirigido a centrar la atención en este ámbito durante el año 2008, para lo cual entre otras actividades ha dedicado un workshop a esta cuestión dentro del programa conjunto UE-CdE "Setting up an active network of independent non judicial human rights structures", en el que participan representantes de entidades encargadas de la defensa de los derechos humanos de los inmigrantes. El resto de trabajo durante 2007 y 2008 se ha centrado en la actividad de seguimiento del cumplimiento por los Estados de sus recomendaciones, especialmente en sus visitas oficiales (Irlanda, San Marino, Macedonia, Armenia, Azerbaiyán, Albania, Francia y Montenegro) o de contacto (Noruega, Reino Unido, Bulgaria, Rumanía, Turquía, Eslovaquia, Polonia y Rusia), además de otras visitas puntuales a los Estados. En estas visitas los aspectos relacionados con los derechos de los extranjeros y solicitantes de asilo (Infome sobre Austria 2007, Informe sobre Bosnia-Herzegovina 2008, Informe sobre Irlanda 2007, Informe sobre Alemania 2007), los desplazados (Informe sobre Azerbaiyán 2008), la lucha contra el tráfico de personas (Informe sobre Albania 2007), la discriminación religiosa o hacia el pueblo gitano (Informe sobre Albania 2007), reflejada posteriormente en las observaciones que sus informes recogen.

Finalmente, debe señalarse la aparición de un nuevo órgano en el seno del Consejo de Europa dedicado a la prevención de la trata de seres humanos y la protección de sus víctimas, surgido de la *Convención núm. 197 del Consejo de Europa de lucha contra la trata de seres humanos*, convención que el 24 de octubre recibía su décima ratificación abriendo el proceso para su entrada en vigor el 1 de febrero de 2008. A mediados de 2008, la habían firmado y ratificado 17 Estados miembros, entre los cuales no se encuentra España. Durante este período, se ha puesto en marcha el procedimiento de constitución del **Grupo de Expertos contra la Trata de Seres Humanos** (GRETA), cuyos miembros en número máximo de 15 deberán ser nombrados antes del 31 de enero de 2009 por un mandato de cuatro años renovables por una sola vez, conforme al procedimiento establecido en la Convención así como en la *Resolución del Comité de Ministros*

(71) Strasbourg, 15 April 2008 CommDH(2008)10REV. *Commissioner for Human Rights Annual Activity Report 2007*, Council of Europe, en *http://www.coe.int/t/commissioner/default_en.asp.*

(72) *The Human Rights of Irregular Migrants in Europe*, CommDH/IssuePaper(2007)1 Strasbourg, 17 December 2007, en *http://www.coe.int/t/commissioner/activities/themes/rightsofmigrants_en.asp.*

(2008)7[73]*,* de 11 de junio de 2008. Igualmente, la Convención prevé la creación de otro comité ("Comité des Parties"), como instancia política, compuesta por representantes ministeriales de los Estados y de representantes de instituciones externas al Consejo de Europa. Al igual que otros mecanismos de seguimiento, el GRETA dividirá su procedimiento de evaluación en varios ciclos, sobre la base probablemente de un cuestionario dirigido a las partes, seguido de solicitudes suplementarias de información más tarde, e incluso la posibilidad de solicitar la información a representantes de la sociedad civil u organizar visitas, concluyendo con un informe provisional que deberá ser remitido a la parte afectada para que presente sus comentarios al mismo, antes de que el GRETA incorpore sus conclusiones y el informe devenga definitivo y público. Durante este período de transición hasta 2009 cuando el GRETA empiece a funcionar, el Consejo de Europa ha emprendido una campaña de sensibilización así como un conjunto de seminarios a efectos de informar sobre la Convención, y ha encargado la elaboración de un estudio externo titulado "Trafficking in human beings: Internet recruitment".

Basta señalar que, en paralelo o más bien como consecuencia de la actividad de sus órganos e instituciones, el Consejo de Europa genera un gran volumen de estudios e informes sobre materias vinculadas a inmigración. Entre los **libros editados** o coeditados durante este período, pueden destacarse Evans, Malcolm D. & Weber, Anne: *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas*, Ed. CoE-Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 2008, Zanfrini, Laura & Kluth, Winfried: *Policies on irregular migrants - Volume I: Italy and Germany,* Strasbourg 2008, de Tapia, Stéphane: *The Euro-Mediterranean migration system,* Strasbourg 2008, Gevorgyan, Vardan P., Cavounidis, Jennifer & Ivakhnyuk, Irina V.: *Policies on irregular migrants, Volume II - Republic of Armenia, Greece, Russian Federation*, Strasbourg 2008, Mole, Nuala: *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 2007, Arnesen, Anne-Lise, Bîrzéa, Cézar Dumont, Bernard, Essomba, Miguel Angel, Furch, Elisabeth Vallianatos, Angelos & Ferrer, Ferran: *Policies and practices for teaching sociocultural diversity - A survey report*, Strasbourg 2008. Igualmente, entre las publicaciones propias del Consejo de Europa se encuentran *CIA above the law? Secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees in Europe*, Strasbourg 2008, *Raising young refugees' voices in Europe and beyond,* Strasbourg 2008.

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

La OCDE continúa siendo una de las organizaciones internacionales más activas en el análisis de las características e impacto de las migraciones internacionales, contando con un notable cuerpo de publicaciones y estudios, que sintéticamente pueden dividirse entre trabajos de recopilación y análisis de datos[74], y diversos estudios más o menos sectoriales, incluidos algunos centrados en estudios de países.

(73) *Resolution CM/Res(2008)7 on rules on the election procedure of the members of the Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings,* disponible en *http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/docs/monitoring/nomination_EN.asp?*

(74) No hay que olvidar las bases de datos de las que dispone la OCDE, que se puede consultar en *http://www.oecd.org/statisticsdata/0,3381,en_2649_37415_1_119656_1_1_37415,00.html*

Entre los primeros destacan las dos ediciones de 2007 y 2008[75] del *International Migration Outlook* que recoge los principales datos sobre migraciones y analiza las tendencias recientes en movimientos migratorios y las políticas de todos los países miembros de la OCDE, así como la evolución de las mismas. En esta categoría cabría situar también el estudio *A profile of Immigrant Populations in the 21 st Century: Data from OECD countries*[76], que recoge una amplia información sobre el origen y las características estructurales de la población inmigrante en los países de la OCDE, un amplio conjunto de cuadros y gráficos que describen las características demográficas (edad, género, duración de la estancia) y la situación del mercado laboral (situación en el mercado laboral, ocupación, sector de actividad) con el valor añadido de que permiten la comparación entre los datos de los ciudadanos nacionales y de los extranjeros en cada uno de estos ámbitos.[77]. Respecto de la metodología para obtener datos tan elusivos como los de los extranjeros en situación irregular, se ha publicado *Unauthorized Migrants in the United States: Estimates, Methods and Characteristics,* OECD Social, Employment and Migration Working Papers Nº 57[78]. Un análisis más valorativo de las tendencias migratorias internacionales en las últimas tres décadas –tanto de los países de origen como de los de recepción–, puede encontrarse en *Trends in International Migration Flows and Stocks, 1975-2005 (OECD Social, Employment and Migration Working Papers Nº 58),* donde además se analizan sus implicaciones políticas y se apuntan futuros patrones de migración.

Entre los estudios de espectro general de la OCDE en el período 2007-2008 pueden contarse *Policy Coherence for development 2007: Migration and developing countries*[79]*,* sobre la relación existente entre inmigración y desarrollo, en el que se demuestra el impacto que la migración tiene en el progreso económico, tanto para los países emisores como receptores; *Gaining from Migration*[80] en el que se evalúan en profundidad las contribuciones de la inmigración y ofrece recomendaciones para la adopción de políticas relacionadas con el mercado laboral, la integración, la cooperación al desarrollo y la participación; y también, *The unemployment impact of immigration in OECD countries*[81].

Entre las publicaciones de temática más específica, en el período 2007-2008 pueden destacarse aquellas relacionadas con la integración en el mercado laboral, como el estudio *Jobs for immigrants (Vol.1): Labour Market Integration in Australia, Denmark, Germany and Sweden* y *Jobs for inmigrants (Vol.2): labour Market Integration in Belgium, France, the Netherlands and Portugal*[82], en los que se evalúan las experiencias de estos ocho países de la OCDE respecto a la integración de

(75) *http://www.oecd.org/document/3/0,3343,en_2649_33931_41241219_1_1_1_1,00.html.*

(76) *http://www.oecd.org/document/27/0,3343,en_2649_33931_40110299_1_1_1_37415,00.html.*

(77) *http://www.oecd.org/dataoecd/58/60/39415229.pdf.*

(78) *http://www.oecd.org/dataoecd/41/25/39264671.pdf.*

(79) *ttp://www.oecd.org/document/46/0,3343,en_2649_37415_39207662_1_1_1_1,00.html.*

(80) *http://www.oecd.org/document/30/0,3343,en_2649_33935_39207646_1_1_1_1,00.html.*

(81) *http://www.olis.oecd.org/olis/2007doc.nsf/LinkTo/NT00002D12/$FILE/JT03229958.PDF.*

(82) Resúmenes y notas sobre estas publicaciones están disponibles en www.oecd.org/document.

los inmigrantes y sus hijos en el mercado de trabajo, estableciendo una serie de recomendaciones para una correcta política de integración; en torno a esta cuestión, y de manera complementaria al anterior estudio de caso el tratamiento más general recogido en *Migration in OECD countries: labour market impact and integration issues*[83] en el que se investigan las consecuencias de la inmigración para los nacionales, así como otras cuestiones relacionadas con la integración de los inmigrantes en el país de acogida; o "Health workforce and International Migration: Can New Zealand compete?", *Health Working Paper* nº 33[84], sobre el ámbito sanitario en Nueva Zelanda y la contratación internacional de médicos y enfermeras. Con una perspectiva fundamentalmente económica, la colección de *Economic Surveys* ha analizado los efectos de la inmigración por países sobre aspectos concretos como el empleo, los salarios, la producción y las finanzas públicas; durante el período estudiado se han publicado los relativos a Australia, Noruega, Finlandia, República Checa, Irlanda y Holanda[85], mientras se preparaba la siguiente ronda de estudios entre los cuales estaba el de España, cuya aparición estaba prevista para noviembre de 2008.

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

En tanto que organización internacional de carácter regional dirigida a preservar la seguridad en Europa, 56 Estados europeos forman parte actualmente de la OSCE, que desarrolla sus actividades en múltiples áreas conectadas a la seguridad, entre las cuales está la lucha contra la trata de personas, el control de fronteras, el respeto de los derechos humanos y, en términos más generales, el fomento de las instituciones democráticas.

De hecho, la lucha contra la trata de personas es una de las áreas emergentes a las que la OSCE presta una atención prioritaria, lo que explica el gran número de actividades que actualmente desarrolla en este campo, de carácter operativo, como campañas de sensibilización pero fundamentalmente de análisis y diseminación de información[86]. En esta última categoría cabe destacar la publicación de *Compensation for Trafficked and Exploited Persons in the OSCE Region* (mayo de 2008), *Building the Capacity of Roma Communities to Prevent Trafficking in Human Beings* (junio de 2007); *Using Drama for Interprofessional Co-operation in Europe: Combining Forces against Human Trafficking* (junio de 2007); *Human trafficking for labour exploitation/ forced and bonded labour: Identification, prevention, prosecution; and prosecution of offenders, justice for victims* (mayo 2008); *Criminal justice responses to organized crime* (febrero de 2007); *National referral mechanism for the victims of trafficking in human beings* (marzo 2007); *From*

(83) *http://www.olis.oecd.org/olis/2007doc.nsf/LinkTo/NT00002D0E/$FILE/JT03231713.PDF.*

(84) *http://www.oecd.org/dataoecd/46/41/40673065.pdf.*

(85) Entre julio de 2007 y junio de 2008 se publicaron *Economic Surrey of Australia 2008: Raising labour supply, Economic Survey of Norway 2008: the labour market: supply constraints and immigration, "Economic Survey of Finland 2008: Accessing an integrating foreign labour, Economic Survey of the Czech Republic 2008: Globalisation and the Czech economy: How should policy respond?, Economic Survey of Ireland 2008: Integrating migrants: learning from OECD experience,* y *Economic Survey of the Netherlands 2008: Reaping the economic of immigration.*

(86) *http://www.osce.org/activities/13029.html.*

policy to practice: combating trafficking in human beings in the OSCE region (marzo de 2007); *National Action Plan against human trafficking* (mayo 2007).

Fuera del tráfico de personas pueden destacarse también algunas otras publicaciones relacionadas con la inmigración como *Countering Terrorism, Protecting Human Rights: A Manual* (noviembre 2007); *Bolzano/Bozen Recommendations on National Minorities in Inter-State Relations* (octubre 2008), *Toledo Guiding Principles on Teaching about Religions and Beliefs in Public Schools* (noviembre 2007); *You are displaced, your rights are not* (marzo 2008).

III. LA ACTIVIDAD INSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INMIGRACIÓN A LO LARGO DE 2007-2008

A pesar de los obstáculos que a continuación se apuntarán, la Unión Europea sigue avanzando inexorablemente en la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que las materias de inmigración y asilo devienen centrales. Como es sabido, el período aquí analizado coincide con las presidencias sucesivas de Portugal (2º sem. 2007) y Eslovenia (1r sem. 2008); sin embargo, las presidencias de Alemania (1er sem. 2007) y Francia (2º sem. 2008), precedente y posterior, han dejado sentir su impronta, más allá de la habitual coordinación por tríos de presidencias. Así, por ejemplo, el período analizado se inició con una frenética negociación por el Consejo Europeo bajo presidencia alemana en la que se trató de alcanzar una salida razonable al *impasse* provocado por el rechazo a la Constitución Europea; el texto resultante sería presentado como una reforma rebajada de los tratados constitutivos para que pudiera ser mejor digerido por los Estados más renuentes a estas reformas. La firma del Tratado al inicio de la presidencia portuguesa se hacía ya en Lisboa, ciudad de la que el Tratado tomará su nombre, y en su escenificación resultaba visible la reedición del eje franco-alemán (Merkel y Sarkozy) y la reciente renovación de una parte de los líderes nacionales (Brown, Tusk, Prodi, etc.) Curiosamente, la caída del gobierno Prodi en Italia y su sustitución por un nuevo gobierno encabezado por Berlusconi, ha afectado directamente la actividad de la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, pues Franco Frattini, su titular, tuvo que obtener dos excedencias sucesivas del Presidente de la Comisión Europea, para poder concurrir a las elecciones italianas antes de aceptar la cartera de Exteriores. Ello abrió un período relativamente prolongado de provisionalidad e incertidumbre en la dirección de esta Dirección, antes del nombramiento definitivo de Jacques Barrot en mayo de 2008 como titular de la misma, no sin cierta polémica con el Parlamento Europeo respecto al procedimiento seguido. A la dificultad de dirigir interinamente una Dirección como la de Justicia, Libertad y Seguridad se añade la gran cantidad de iniciativas impulsadas por F. Frattini desde su llegada al cargo en 2006 que heredaba su sustituto[87], y, por si fuera poco, la incertidumbre respecto de

(87) COM (2006) 735. de 30.11.2006 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council *The Global approach to migration one year on: Towards a comprehensive European migration policy*. COM (2006) 733 Communication from the Commission *Reinforcing the management of the European Union's Southern Maritime Border*. COM (2006)402, 19.07.2006 Communication from the Commission on *Policy priorities in the fight against illegal immigration of third-country nationals*. COM (2006) 892, 30.06.2006 Commission Staff Working Document – *Second Annual Report on Migration and Integration*. COM (2006) 26, 25.01.2006 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - *Thematic programme for the cooperation with third countries in the areas of migration and asylum*.

la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa* por lo que la organización del trabajo ha tenido que ajustarse a la incógnita sobre las competencias e instrumentos a disposición de la misma en el futuro inmediato[88]. Todo ello en un contexto en el que la DG-JLS debe hacer frente a un creciente volumen de trabajo con importantes retos por delante, entre los cuales la ampliación del espacio Schengen y la elaboración del plan plurianual de trabajo 2010-2014, la lentitud del Consejo respecto de las disposiciones sobre migración legal, etc. Quizá todas estas circunstancias explican que en 2008 la Comisión haya ralentizado la presentación de algunas propuestas esperadas para esta anualidad, como la propuesta de *Directiva relativa a la entrada y la residencia de trabajadores temporeros* o la propuesta de *Directiva sobre la entrada, la estancia temporal y la residencia de las personas trasladadas dentro de una misma empresa*.

Por su parte, la presidencia portuguesa se planteó como una de sus prioridades reforzar los partenariados de movilidad y la cooperación con los países del Mediterráneo y África[89], la organización de una conferencia de alto nivel sobre migración legal el 13 y 14 de septiembre de 2007, la ampliación del espacio Schengen a nueve Estados miembros más[90]. La presidencia eslovena, sin poner la inmigración entre sus prioridades, propició la conclusión del acuerdo sobre la Directiva de Retorno, participó en la promoción del Año del Diálogo intercultural, igualmente en este período se presentaron las primeras evaluaciones del trabajo de FRONTEX y los RABIT, de la aplicación de la Directiva de Reagrupación Familiar, del estudio de viabilidad de un sistema de vigilancia europeo para 2013, así como la presentación del Libro Verde de Migración y Educación. La Presidencia francesa del segundo semestre de 2008 presentaba, a su vez, una propuesta de *Pacto Europeo sobre Inmigración*[91] en el Consejo Europeo de 19-20 de junio de 2008, que puede revelarse clave en el desarrollo de las políticas migratorias europeas; de hecho, la presidencia francesa será clave en el reforzamiento del espacio de JLS pues, junto al Pacto, durante este período se elaborará el nuevo programa plurianual JLS para el período 2010-2014, que debe

COM (2006) 67 final 17.02.2006. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on *strengthened practical cooperation - New structures, new approaches: improving the quality of decision making in the Common European Asylum System*.

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

(89) Véase COM (2007) 248 final, 16.05.2007. *Communication from the Commission On circular migration and mobility partnerships between the European Union and third countries*; COM (2007) 247 final. 16.05.2007 *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Applying the Global Approach to Migration to the Eastern and South-Eastern Regions Neighbouring the European Union*.

(90) En el Consejo Europeo de diciembre de 2007 se amplió el espacio Schengen a nueve Estados (Estonia, Lituania, Letonia, Hungría, Malta, Polonia, Eslovaquia, República Checa y Eslovenia), una vez valorada positivamente su capacidad para aplicar el "acervo Schengen", suprimiendo las fronteras interiores con estos países y erigiendo formalmente nuevas fronteras exteriores en estos países, medida que debía aplicarse en marzo de 2008, con lo que resultan en 24 los Estados que conforman el espacio Schengen.

(91) *Pacto Europeo de Inmigración y Asilo*, Consejo Justicia e Interior de 25/9/2008 y adoptado por el Consejo Europeo de Bruselas de 15/10/2008.

definir prioridades, objetivos, medios e iniciativas para alcanzarlos. Este programa, elaborado a partir de la propuesta de la Comisión cuenta con el apoyo de las tres presidencias implicadas, que pretenden presentar un plan "ambicioso".

En todo caso, a continuación se ofrece un análisis de la actuación comunitaria en materia de inmigración y asilo por ámbitos de actividad.

Es en la materia de **visados**, junto con la de control de fronteras, los ámbitos en los que la Comunidad Europea ha desplegado más ampliamente sus competencias en este período. En el período comprendido en esta crónica se concluía la negociación y se procedía en agosto de 2008 a la publicación del Reglamento para el establecimiento del Sistema de Información de Visados[92] (*Reglamento SIV*), acompañado de un conjunto de disposiciones dirigidas a facilitar su despliegue[93], incluida la regulación del conjunto de autoridades competentes para su consulta en el marco de la lucha contra el terrorismo[94], sin embargo, el debate sobre la propuesta de Reglamento para un Código Común de Visados[95] no ha logrado suscitar todavía acuerdo, si bien el Consejo debería pronunciarse a finales de 2008; en segundo lugar, se procedía a realizar dos pequeñas reformas en la regulación del formato de visado uniforme así como en el formato del permiso de residencia común[96]; tercero, se amplía el número de Estados vecinos con los que se firman acuerdos de simplificación del procedimiento de obtención de visados, de manera que además de Rusia[97], en noviembre de 2007 se publicaban todos los acuerdos de este tipo cerrados ese año con Albania[98], Serbia[99],

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

(93) Commission Decision 2008/602/EC of 17 June 2008 laying down the physical architecture and requirements of the national interfaces and of the communication infrastructure between the central VIS and the national interfaces for the development phase (*OJ* l 194 of 23 July 2008, p. 3) y Commission Decision of 17 June 2008 laying down the physical architecture and requirements of the national interfaces and of the communication infrastructure between the central VIS and the national interfaces for the development phase (*OJ* L 194 of 23 July 2008, p. 3).

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

(95) COM/2006/0403 final *Draft proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Community Code on Visas*.

(96) Council Regulation (EC) No 856/2008 of 24 July 2008 amending Regulation (EC No 1683/95 of 29 May 1995 laying down a uniform format for visas (*OJ* L 235 of 2 September 2008, p. 1); Council Regulation (EC) No 380/2008 of 18 April 2008 amending Regulation (EC) No 1030/2002 laying down a uniform format for residence permits for third-country nationals (*OJ* L 115 of 29 April 2008, p. 1).

(97) Decisión del Consejo, de 19 de abril de 2007 (*DOCE* L-129, de 17 de mayo de 2007), comentado en la crónica anterior.

(98) Council Decision 2007/821/EC of 8 November 2007 on the conclusion of the Agreement between the European Community and the Republic of Albania on the facilitation of the issuance of visas (*OJ* L 334 of 19 December 2007, p. 84).

(99) Council Decision 2007/825/EC of 8 November 2007 on the conclusion of the Agreement between the European Community and the Republic of Serbia on the facilitation of the issuance of visas (*OJ* L 334 of 19 December 2007, p. 136).

Montenegro[100], Bosnia-Herzegovina[101], la Antigua República Yugoslava de Macedonia[102], Moldavia[103] y Ucrania[104]. Cuarto, se adoptan varias Decisiones del Consejo por razones fundamentalmente técnicas dirigidas a modificar bien la red de consulta Schengen[105], bien las Instrucciones Consulares Comunes con respecto a los nacionales de terceros Estados sujetos a la condición de un visado aéreo[106].

En materia de **controles fronterizos**, como se ha adelantado ya, se amplía el espacio Schengen con nueve Estados más hasta alcanzar el número de 24 en 2008[107], igualmente se procede a la reforma mediante Reglamento del *Código Comunitario de Fronteras* [108] y mediante una Recomendación de la Comisión de su "Manual Práctico para Guardas de Fronteras" (*Manual Schengen*[109]); igualmente respecto de disposiciones de 2006, se reformaba la Decisión sobre el reconocimiento por los Estados parte de Schengen de la validez de los permisos expedidos por Suiza y Liechtenstein para circular en tránsito sin necesidad de visado[110]. Por otro lado, tras la adopción por

(100) Council Decision 2007/823/EC of 8 November 2007 on the conclusion of the Agreement between the European Community and the Republic of Montenegro on the facilitation of the issuance of visas (*OJ* L 334 of 19 December 2007, p. 108).

(101) Council Decision 2007/822/EC of 8 November 2007 on the conclusion of the Agreement between the European Community and Bosnia and Herzegovina on the facilitation of the issuance of visas (*OJ* L 334 of 19 December 2007, p. 96).

(102) Council Decision 2007/824/EC of 8 November 2007 on the conclusion of the Agreement between the European Community and the Former Republic of Macedonia on the facilitation of the issuance of visas (*OJ* L 334 of 19 December 2007, p. 120).

(103) Council Decision 2007/826/EC of 8 November 2007 on the conclusion of the Agreement between the European Community and the Republic of Moldova on the facilitation of the issuance of visas (*OJ* L 334 of 19 December 2007, p. 168).

(104) Council Decision 2007/840/EC of 29 November 2007 on the conclusion of the Agreement between the European Community and Ukraine on the facilitation of the issuance of visas (*OJ* L 332 of 18 December 2007, p. 66).

(105) Council Decision 2007/519/EC of 16 July 2007 amending Part 2 of the Schengen consultation network (technical specifications) (*OJ* L 192 of 24 July 2007, p. 26) y Council Decision (2007/866/EC) of 6 December 2007 amending Part I of the Schengen consultation network (technical specifications) (*OJ* L 340 of 22 December 2007, p. 92)

(106) Council Decision (2008/374/EC) of 29 April 2008 amending Annex 3, Part I, to the Common Consular Instructions on third-country nationals subject to airport visa requirements (*OJ* L 129 of 17 May 2008, p. 46).

(107) Council Decision of 6 December 2007 (2007/801/EC) on the full application of the provisions of the Schengen acquis in the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Republic of Hungary, the Republic of Malta, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic (*OJ* L 323 of 8 December 2007, p. 34).

(108) Reglamento (CE) núm 296/2008 *del Parlamento Europeo y del Consejo* de 11 de marzo de 2008 de modificación del Reglamento (CE) núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el cual se establece un Código comunitario de normas sobre cruce de fronteras (*DOCE* de 9/4/2008, núm. 97, p. 60).

(109) *Recomendación de la Comisión [C (2008) 2976 final] de 25 de junio de 2008 de modificación de la Recomendación de la Comisión de 6 de noviembre de 2006 por la que se establece un Manual Práctico para Guardas de Frontera (Manual Schengen), para ser usado por las autoridades competentes de los Estados Miembros en la realización de controles fronterizos de personas COM(2006)5186 final.*

(110) Decision No 586/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 amending Decision No 896/2006/EC establishing a simplified regime for the control of persons at the external borders based on the unilateral recognition by the Member States of certain residence permits issued by Switzerland and Liechtenstein for the purpose of transit through their territory (*OJ* L 162 of 21 June 2008, p. 27).

la Comunidad de los equipos de intervención rápida en frontera (RABITs)[111] en respuesta a los problemas generados en la frontera sur durante la primavera y verano de 2007 se presentaban los primeros informes de evaluación de su actividad. En tercer lugar, tras el reconocimiento a mediados de 2006 de los Estados miembros incorporados en 2004 de los visados y permisos de residencia expedidos por los Estados parte de Schengen[112], el mismo procedimiento se siguió respecto de los nuevos Estados incorporados en 2007[113]. Igualmente, se adoptaron en 2008 los acuerdos con Islandia y Noruega sobre las modalidades de participación en la Agencia de Fronteras FRONTEX[114]. Finalmente, respecto del Fondo para las Fronteras Exteriores para el período 2007-2013, aprobado en mayo de 2007[115], la Comisión Europea adoptaba poco menos de un año después una Decisión dirigida a regular su desarrollo y aplicación[116].

A caballo entre el control de fronteras y la gestión de la inmigración, otro de los grandes ejes de actividad es la lucha contra la **inmigración ilegal**. En este ámbito, el SIS es el ejemplo estrella de cómo las tecnologías de la información pueden facilitar una mayor cooperación entre autoridades y servir a la vez de instrumento de integración de los mecanismos estatales de control policial, penal o migratorio de los Estados Miembros. Si en el período anterior a 2007 y 2008 se habían adoptado las principales normas de transición al **SIS-II** (*Reglamento CE/1988/2006, Decisión del Consejo 2006/1007/JAI, Reglamento CE/1987/2006, Decisión 2007/533/JA,* Decisión

(111) Reglamento (CE) núm. 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados (*DOCE* de 31 de julio de 2007).

(112) Decision No 895/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 introducing a simplified regime for the control of persons at the external borders based on unilateral recognition by the Czech Republic, Estonia, Cyprus, Latvia, Lithuania, Hungary, Malta, Poland, Slovenia and Slovakia of certain documents as equivalent to their national visas for the purposes of transit through their territories (*OJ* L 167/1 of 20 June 2006, p. 1)

(113) Decision No 582/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 introducing a simplified regime for the control of persons at the external borders based on the unilateral recognition by Bulgaria, Cyprus and Romania of certain documents as equivalent to their national visas for the purposes of transit through their territories (*OJ* L 161 of 20 June 2008, p. 30); así como Notification by Romania concerning visa reciprocity (*OJ* C 19 of 25 January 2008, p. 1); notification by Bulgaria concerning visa reciprocity (*OJ* C 62 of 7 March 2008, p. 2); notification by Romania concerning visa reciprocity (*OJ* C 161 of 25 June 2008, p. 2); notification by Romania concerning visa reciprocity (*OJ* C 161 of 25 June 2008, p. 3).

(114) Council Decision 2007/511/EC of 15 February on the conclusion, Council Decision 2007/512/EC of 15 February on the signing and Arrangement, on behalf of the Community, and on the provisional application of the Arrangement between the European Community and the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway on the modalities of the participation by those States in the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (*OJ* L 188 of 20 July 2007, p. 15, p. 17 y p.19).

(115) Decisión núm. 574/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, relativa al Fondo para las Fronteras Exteriores para el período 2007-2013 como parte del Programa general Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios? (*DOCE* núm. 144 de 6 de junio de 2007). Control migración ilegal, retorno y Schengen.

(116) Commission Decision (2008/456/EC) of 5 March 2008 laying down the rules for the implementation of Decision No 574/2007/EC of the European Parliament and of the Council of 23 May 2007 establishing the External Borders Fund for the period 2007 to 2013 as part of the General programme "Solidarity and Management of Migration Flows" as regards Member States' management and control systems, the rules for administrative and financial management and the eligibility of expenditure on projects co-financed by the Fund (notified under number C(2008) 789 final (*OJ* L 167 of 27 June 2008, p. 1).

2005/211/JAI, Reglamento CE/871/2004, etc.), en este período las medidas adoptadas tienen una finalidad fundamentalmente operativa de puesta a punto del sistema mediante un conjunto de tests[117] y ajustes en el mecanismo de financiación del mismo[118]. Al mismo tiempo, se continuó la desclasificación de algunas partes del Manual Sirene[119], respecto del cual la Comunidad se ha asegurado de su aplicación al nuevo SIS-II[120]. Por último, en 2008 se daban los últimos pasos para incorporar plenamente a Suiza al espacio Schengen mediante la plena asunción por este país del acervo Schengen[121] y la incorporación operativa del mismo al SIS[122].

Por otro lado, en la definición de una política y normativa común sobre el retorno de nacionales de terceros Estados un componente fundamental es el despliegue de tratados de **readmisión** con países terceros, en línea con las propuestas de la Comisión Europea de 10 de abril de 2002 incluidas en el Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, dentro de la cual se insertan los acuerdos firmados en 2005 con Hong Kong, Macao y Sri Lanka, en 2006 con Albania, en 2007 con Rusia y Ucrania durante la primera mitad de 2007[123], y los acuerdos cerrados durante el segundo semestre de ese año con Serbia[124],

(117) Council Regulation (EC) No 189/2008 of 18 February 2008 on the tests of the second generation Schengen Information System (SIS II) (*OJ* L 57 of 1 March 2008, p. 1); Council Decision 2008/173/EC of 18 February 2008 on the tests of the second generation Schegen Information System (SIS II) (*OJ* L 57 of 1 March 2008, p. 14).

(118) Council Decision 2008/328/EC of 18 April 2008 amending the Decision of the Executive Committee set up by the1990 Schengen Convention, amending the Financial Regulation on the costs of installing and operating the technical support function for the Schengen Information System (C.SIS) (*OJ* L 113 of 25 April 2008, p. 21).

(119) Decisión del Consejo EC/2008/422 de 5 de junio de 2007, relativa a la desclasificación del Anexo 4 del Manual Sirene adoptado por el Comité Ejecutivo establecido por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (*DOCE L* 149 de 7 de junio de 2007, p. 78)

(120) *Commission Decision 2008/333/EC of 4 March 2008 adopting the SIRENE Manual and other implementing measures for the second generation Shengen Information System (SIS II)* (OJ L 123 of 8 May 2008, p. 1); *Commission Decision 2008/334/JHA of 4 March 2008 adopting the SIRENE Manual and other implementing measures for the second generation Shengen Information System (SIS II)* (*OJ* L 123 of 8 May 2008, p. 39).

(121) Council Decision 2008/146/EC (EC) of 28 January 2008, Council decision 2008/149/JHA (EU) of 28 January 2008 (*OJ* L 53 of 27 February 2008, p. 1, p. 50); Council Decision 2008/261/EC (*OJ* L 83, 26.3.2008, p. 3) y Council Decision 2008/262/EC of 28 February 2008 (*OJ* L 83, 26.3.2008, p.5, Corrigendum *OJ* L 110, 22.4.2008, p. 16), así como Decision No 1/2008 of the EU/Switzerland Mixed Committee (*OJ* L 83, 26.3.2008, p. 37).

(122) *Council Decision 2008/421/EC of 5 June 2008 on the application of the provisions of the Schengen acquis relating to the Schengen Information System in the Swiss Confederation* (*OJ* L 149 of 7 June 2008, p. 74). Posteriormente, este proceso se coronaría con la *Council Decision 2008/903/EC of 27 November 2008 on the full application of the provisions of the Schengen acquis in the Swiss Confederation* (*DOCE* L 327/15, 5/12/2008).

(123) *Council Decision 2007/839/EC of 29 November 2007 concerning the conclusion of the Agreement between the European Community and Ukraine on readmission of persons - Agreement between the European Community and Ukraine on the readmission of persons* (*OJ* L 332 of 18 December 2007, p. 46). Para el resto de referencias al *DOCE,* puede consultarse la crónica realizada sobre 2007.

(124) *Council Decision 2007/819/EC of 8 November 2007 on the conclusion of the Agreement between the European Community and the Republic of Serbia on the readmission of persons residing without authorisation; Agreement between the European Community and the Republic of Serbia on the readmission of persons residing without authorisation* (*OJ* L 334 of 19 December 2007, p. 45);

Montenegro[125], Bosnia-Herzegovina[126] y la Antigua República Yugoslava de Macedonia[127] (y Moldavia, en tramitación[128]), acuerdos negociados en paralelo con los acuerdos de simplificación de visados. El primer semestre fue testigo de una aceleración en la cimentación del segundo pilar de la política de retorno conforme a la concepción del Libro Verde: a principios de 2008 se aceleró la discusión sobre la propuesta de *Directiva sobre los estándares mínimos y procedimiento de retorno de extranjeros*, que se encontraba relativamente estancada desde su presentación por la Comisión en 2005 al Parlamento y la Comisión, pero cuya vinculación a la distribución del Fondo Europeo para el Retorno reactivó, hasta el punto de lograrse un primer acuerdo en el "triálogo" informal entre Comisión, Consejo y los principales representantes del Comité de Libertades del Parlamento Europeo, acuerdo que luego permitió un voto favorable del Parlamento a la misma en junio de 2008 en procedimiento de primera lectura, aunque su aprobación formal por el Consejo, revisión lingüística y publicación resultaban postergadas al segundo semestre de 2008.

Estrechamente vinculado a la lucha contra la inmigración ilegal, pero con una problemática específica, la intervención en materia de lucha contra el **tráfico de personas** sigue ganando cada vez mayor atención en las instituciones comunitarias. Tras la firma en 2006 por la Comunidad Europea de los Protocolos sobre el tráfico ilícito de inmigrantes[129] y de prevención, represión y sanción del tráfico de personas, especialmente mujeres y niños[130], complementarios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, la Comisión Europea constituía en 2007 un grupo de expertos en tráfico de seres humanos y procedía en 2008 al nombramiento de sus

(125) *Council Decision 2007/818/EC of 8 November 2007 on the conclusion of the Agreement between the European Community and the Republic of Montenegro on the readmission of persons residing without authorisation; Agreement between the European Community and the Republic of Montenegro on the readmission of persons residing without authorisation* (*OJ* L 334 of 19 December 2007, p. 25).

(126) *Council Decision 2007/820/EC of 8 November 2007 on the conclusion of the Agreement between the European* Community and Bosnia and Herzegovina on the readmission of persons residing without authorisation; Agreement between the European Community and Bosnia and Herzegovina on the readmission of persons residing without authorisation (*OJ* L 334 of 19 December 2007, p. 65).

(127) *Council Decision 2007/817/EC of 8 November 2007 on the conclusion of the Agreement between the European Community and the former Yugoslav Republic of Macedonia on the readmission of persons residing without authorisation; Agreement between the European Community and the former Yugoslav Republic of Macedonia on the readmission of persons residing without authorisation* (*OJ* L 334 of 19 December 2007, p. 1).

(128) COM/2007/0504 final, *Proposal for a Council Decision concerning the signing of the Agreement between the European Community and the Republic of Moldova on the readmission of persons residing without authorisation*.

(129) Decisión 2006/616/CE y Decisión 2006/617/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en aras de la Comunidad Europea, del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada con respecto a las disposiciones del Protocolo, en la medida que estas entran en el ámbito de aplicación de los artículos 179 y 181 A y de la parte III, título I y de la parte III, título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*DOCE* 22/09/ 2006, núm. 262, pp. 24-43).

(130) Decisión 2006/618/CE y Decisión 2006/619/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en aras de la Comunidad Europea, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar el tráfico de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada con respecto a las disposiciones del Protocolo, en la medida que estas entran en el ámbito de aplicación de los artículos 179 y 181 A de el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*DOCE* 22/099 2006, núm. 262, p. 44/58).

miembros[131]. Hablar de tráfico de personas necesariamente conduce a preguntarse sobre los avances en la cooperación policial, de los que aquí nos limitaremos a destacar la adopción de una decisión sobre cooperación transfronteriza en la lucha contra la delincuencia y el terrorismo[132], el uso de información sobre la comisión de delitos y la imposición de condenas penales en investigaciones realizadas en otros Estados[133], sobre el acceso de las autoridades estatales y Europol al SIV[134] y diversas disposiciones sobre funcionamiento interno de Europol[135].

Como hemos apuntado, y a pesar de los esfuerzos de la presidencia eslovena por acelerar su tramitación las propuestas relativas a la **gestión de la inmigración regular** avanzan a un ritmo más pausado; así, la propuesta de *Directiva sobre un permiso de trabajo para personal altamente cualificado ("blue card")*[136], la propuesta de *Directiva sobre un procedimiento común de solicitud de permiso de residencia y trabajo único y un conjunto de estándares sobre los derechos de los trabajadores de terceros Estados*[137], han sido informadas favorablemente por el Parlamento Europeo y están pendientes de aprobación en el Consejo. Mientras, la propuesta de *Directiva para el establecimiento de sanciones contra los empleadores de extranjeros residentes ilegales*[138]*;* está pendiente del pronunciamiento del Parlamento; no obstante, en principio las tres deberían adoptarse durante 2009. Únicamente puede destacarse la aprobación por la Comisión en

(131) Commission Decision 2007/675/EC of 17 October 2007 setting up the Group of Experts on Trafficking in Human Beings (OJ L 277 of 20 October 2007, p. 29); Commission Decision of 22 July 2008 on the appointment of members of the Group of experts on Trafficking in Human Beings (*OJ* L 194 of 23 July 2008, p. 12).

(132) *Council Decision 2008/615/JHA of 23 June 2008 on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime* (OJ L 210 of 6 August 2008, p. 1); *Council Decisions 2008/616/JHA and 2008/617/JHA of 23 June 2008 on the implementation (and on the improvement) of Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime* (*OJ* L 210 of 6 August 2008, p. 12 and p. 73).

(133) *Commission Decision 2008/324/EC of 25 March 2008 setting up the Platform on Electronic Data Retention for the investigation, detection and prosecution of serious crime" group of experts* (*OJ* L 111 of 23 April 2008, p. 11). *Council Framework Decision 2008/675/JHA of 24 July 2008 on taking account of convictions in the member States of the European Union in the course of new criminal proceedings* (*OJ* L 220 of 15 August 2008, p. 32).

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

(135) Entre las disposiciones sobre Europol, destacan *Council Decision 2007/673/EC of 15 October 2007 amending the Council Act adopting rules applicable to Europol analysis files* (*OJ* L 277 of 20 October 2007, p. 23); *Decision by the Contracting Parties meeting within the Council 2007/413/JHA of 12 June 2007 adopting rules implementing Article 6a of the Convention on the establishment of a European Police Office* (Europol Convention) (*OJ* L 155 of 15 June 2007, p. 78); Rules for access to Europol documents (*OJ* C 72 of 29 March 2007, p. 37); *Decision of the Management Board of 20 March 2007 on the control mechanisms for retrievals from the computerised system of collected information* (*OJ* C 72 of 29 March 2007, p. 30).

(136) COM/2007/0637 final, *Proposal for a Council Directive on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment.*

(137) COM(2007) 638 final, 23.10.2007, *Proposal for a Council Directive on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State.*

(138) COM (2007) 249 final 16 de mayo de 2007 [SEC(2007) 596] [SEC(2007) 603] [SEC(2007) 604]

agosto de 2007 de sus orientaciones estratégicas para el período 2008-2013[139], en abril de 2008 del *Reglamento CE/ 380/2008 por el cual se reforma el formato del permiso de residencia uniforme para nacionales de terceros Estados*[140] y en junio de 2008 la presentación por la Comisión del primer informe sobre la aplicación de la Directiva de reagrupación familiar. En un plano más instrumental, en este período se aprobaban la *Decisión del Consejo para el establecimiento de una Red de Migración Europea*[141] y el *Reglamento sobre las estadísticas comunitarias sobre inmigración y protección internacional*[142].

En el ámbito de la integración, y tras la reunión del Consejo en Postdam[143], destacan la presentación por la Comisión del tercer informe sobre inmigración e integración[144], el desarrollo de las disposiciones financieras y de gestión del Fondo para la Integración[145], y al final del período analizado, la presentación por la Comisión de un *Libro Verde sobre Migración y Educación*[146]. Relacionado con la integración, pero en el marco de las actividades vinculadas al Año Europeo para el Diálogo Intercultural, cabe destacar el encuentro informal entre representantes religiosos y de las instituciones de la Unión, convocado por el Presidente Barroso[147].

(139) *Commission Decision (2007/599/EC) of 29 November 2007 implementing decision No 573/2007/EC of the European Parliament and the Council as regards the adoption of the strategic guidelines 2008 to 2013* (*OJ* L326, 12 December 2007, p.29) (C(2007)3926).

(140) Council Regulation (EC) No 380/2008 of 18 April 2008 amending Regulation (EC) No 1030/2002 laying down a uniform format for residence permits for third-country nationals (*OJ* L 115 of 29 April 2008, p. 1).

(141) *Council Decision 200 8/381/EC of 14 May 2008 establishing a European Migration Network* (*OJ* L 131 of 12 May 2008, p. 7).

(142) Regulation (EC) No 862/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on Community statistics on migration and international protection and repealing Council Regulation (EEC) No 311/76 on the compilation of statistics on foreign workers (*OJ* L 199 of 31 July 2007, p. 23).

(143) Conforme al Consejo de Potsdam de 2007, dedicado específicamente a la integración, la Comisión debe desarrollar la Agenda común para la Integración y reelaborar sus informes sobre inmigración e integración, fomentar los análisis comparativos e índices comunes de integración, etc.. Igualmente se acordó la organización de una 3.ª conferencia ministerial sobre integración prevista para finales de 2008 así como el fortalecimiento de las redes de contacto nacional sobre integración (NCPi).

(144) La Comisión Europea ha presentaba su *Tercer Informe Anual sobre Migración e Integración* COM (2007) 512 de 12/9/2007.

(145) Commission Decision (2008/457/EC) of 5 March 2008 laying down the rules for the implementation of Council Decision 2007/435/EC establishing the European Fund for the integration of third-country nationals the period 2007 to 2013 as part of the General programme "Solidarity and Management of Migration Flows" as regards Member States' management and control systems, the rules for administrative and financial management and the eligibility of expenditure on projects co-financed by the Fund (*OJ* L167, 27 June 2008, p. 69.

(146) COM/2008 0423 final, 3/7/2008, *Green Paper "Migration & mobility: challenges and opportunities for EU education systems"*.

(147) Por iniciativa del Presidente de la Comisión Europea, tuvo lugar en mayo de 2008 en la sede de la Comisión Europea, el cuarto encuentro anual con líderes religiosos y el segundo en que han participado los presidentes de las tres instituciones de la UE (el Presidente de la Comisión Europea, el Primer Ministro de Eslovenia y actual Presidente del Consejo Europeo y el Presidente del Parlamento Europeo) con una veintena de altos representantes del Cristianismo, el Judaísmo y el Islam en Europa para tratar el cambio climático y la reconciliación.

En materia de **asilo**, en junio de 2007 la Comisión presentó un conjunto de propuestas sobre asilo sobre la evaluación y mejora del sistema de Dublín, la posibilidad de extender a las personas que reciben protección internacional la Directiva de residentes de larga duración y el debate sobre el Libro Verde sobre el futuro del Sistema Común Europeo de asilo[148]. Poco después, en septiembre de 2007, la Comisión presentaba el cuarto informe sobre el funcionamiento de Eurodac durante 2006[149] y en noviembre un informe sobre la aplicación de la Directiva sobre estándares comunes mínimos en la recepción de solicitantes de asilo[150]. Estas propuestas fueron debatidas por el Consejo durante el segundo semestre de 2007 y su valoración debería servir de base para abordar las propuestas concretas de reforma de estos instrumentos, que han conformado la primera fase en la instauración de un sistema europeo de asilo. A lo largo de 2007-2008, Suiza se sumó al sistema comunitario de determinación del Estado responsable de examinar las peticiones de asilo mediante una Decisión del Consejo[151].

En el plano jurisdiccional, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) contribuye también con sus decisiones a la clarificación y consolidación del derecho comunitario de inmigración y asilo. Durante 2007 y 2008, los pronunciamientos del TJCE se sitúan en torno a tres grandes líneas, al igual que en años anteriores. La primera, el principio de no discriminación de los familiares extranjeros de un ciudadano comunitario beneficiario de ciertas libertades comunitarias pueden verse las STJCE *Asunto Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v. R. N. G. Eind*, de 11 de diciembre de 2007, STJCE *Asunto Blaise Baheten Metock y otros v. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, de 25 de julio de 2008. En relación con los derechos reconocidos en acuerdos de asociación pueden verse las STJECE *Asunto Derin v. Landkreis Darmstadt-Dieburg*, de 18 de julio de 2007; STJCE *Asunto Polat v. Stadt Rüsselsheim*, de 4 de octubre de 2007; STJCE *Asunto Ezgi Payir, Burhan Akyuz, Birol Ozturk v. Secretary of State for the Home Department*, de 24 de enero de 2008. Y en material de derechos fundamentales de los extranjeros la STJCE *Asunto Comisión v. Reino de los Países Bajos,* de 7 de junio de 2007. Durante este periodo de tiempo, el Tribunal emite una sentencia que viene a sumarse al nuevo cuerpo jurisprudencial en interpretación de las disposiciones comunitarias sobre asilo, *referenciado en el artículo anterior,* es el caso de la STJCE *Asunto Parlamento Europeo v. Consejo de la Unión Europea, de 6 de mayo de 2008,* en relación a la anulación de los artículos 29, apartados 1 y 2 y 36, apartado 3, de la Directiva 2005/85 CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros pra conceder o reiterar la condición de refugiado. Finalmente una

(148) COM (2007) 299 final 06.06.2007 *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system*, COM (2007) 298 final 06.06.2007 *Proposal for a Council Directive amending Directive 2003/109/EC to extend its scope to beneficiaries of international protection*, COM (2007) 301 final, 6.06.2007 *Green Paper of on the future common European asylum system*.

(149) SEC (2007) 1184, 11/09/2007. *Annual report to the Council and the European Parliament on the activities of the EURODAC Central Unit in 2006*.

(150) COM (2007) 745 final, 26.11.2007, *Report from the Commission to the Council and to the European Parliament on the application of Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers*.

(151) *Council Decision 2008/147/EC of 28 January 2008 on the conclusion on behalf of the European* Community of the Agreement between the European Community and the Swiss Confederation, concerning the criteria and mechanisms for establishing the State responsible for examining a request for asylum lodged in a Member State or in Switzerland (*OJ* L 53 of 27 February 2008, p. 3 y p. 5).

sentencia sobre la interpretación del Tratado con la Santa Sede, STJCE *Asunto Kerstin Sundelind López v. Miguel Enrique López Lizazo*, de 29 de noviembre de 2007, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en lo que respecta a los Tratados con la Santa Sede.

IV. ACTIVIDAD INSTITUCIONAL, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA A NIVEL ESTATAL

El fenómeno migratorio se encuentra presente en todas las agendas políticas y da lugar a intensos debates sobre los diferentes aspectos que lo conforman, durante este período 2007-2008 la mirada ha continuado centrándose en el gran número de embarcaciones que llegan a la costa canaria, dando lugar a intervenciones políticas solicitando un mayor control fronterizo y reforzando las relaciones bilaterales con determinados países africanos con los que España, en el marco del denominado I Plan África, ha establecido para la cooperación al desarrollo y control de flujos migratorios. Así, las visitas al continente africano se han mantenido durante este período, tanto para dar cumplimiento a los compromisos que España ha adquirido con determinados países africanos[152] como para fomentar la relación con otros Estados en vistas al II Plan África (2009-2011) que el gobierno está preparando. La discusión en el seno de Unión Europea en torno a la aprobación de la Directiva de Retorno ha generado declaraciones de diferentes miembros del Gobierno garantizando el mantenimiento de las condiciones más ventajosas, en cuanto a expulsión y retorno, que la legislación española establece.

Al margen de las cuestiones de gestión y control de flujos migratorios, el primer año de aplicación del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010[153], ha supuesto un cambio en la dirección de la política estatal en la que la integración se ha convertido en un elemento fundamental, destacándose la importancia que los entes locales tienen para el desarrollo de la misma e intentando impulsar su actuación en la materia[154]. Pero la integración ha generado fuertes debates políticos, principalmente en torno al denominado contrato de integración que fue promovido por el Consejero de Inmigración y Ciudadanía de la Generalitat Valenciana. La crisis económica en la que nos encontramos también ha tenido su influencia en la normativa sobre extranjería, siendo su principal consecuencia la aprobación de la normativa sobre pago acumulado y anticipado de la prestación contributiva por desempleo en el marco de los procedimientos de retorno voluntario y la reducción del listado trimestral de ocupaciones de difícil cobertura.

En el plano **normativo**, durante 2007 y 2008, las normas internacionales adoptadas han tenido como objeto fundamental el reconocimiento recíproco de permisos de conducir[155] (Paraguay,

(152) Así, la visita a Senegal del Secretario de Estado de Asuntos Exteriores para la entrega de un avión y un helicóptero para incrementar las capacidades de vigilancia marítima y salvamento del país.

(153) *http://www.mtas.es/es/migraciones/Integracion/PlanEstrategico/Docs/PECIDEF180407.pdf.*

(154) Sirva como ejemplo, al margen de las convocatorias de subvenciones a municipios y otros entes locales, la creación del portal Integra Local, cuyo objetivo es convertirse en punto de referencia para las Entidades Locales. *http://www.integralocal.es/index.php?seccion=1*

(155) Canje de Cartas entre el Reino de España y la República de Paraguay relativo al reconocimiento recíproco y canje de permisos de conducción, hecho ad referéndum en Asunción el 7 de noviembre de 2006 *y* Canje de Notas de fecha 20 de

Bolivia), la restauración del régimen de visados por incompatibilidad con la normativa comunitaria[156] (Ucrania), pero también la supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos[157] (Argelia), la firma de Convenios en materia de Seguridad Social[158] (Argentina, Colombia, Perú, Rumanía) y de doble nacionalidad[159] (República Dominicana). El mayor número de acuerdos tienen como objetivo principal la cooperación con varios países africanos[160] (Senegal, Malí, Níger) que son completados en algunos casos con acuerdos específicos en materia de cooperación migratoria y ordenación de los flujos migratorios[161] (Níger, Malí, Cabo Verde, Mauritania). La cooperación en materia de lucha contra la delincuencia también está presente[162] (Cabo Verde,

diciembre de 2006 de corrección de errores (*BOE* núm. 245, de 12 de octubre de 2007). Canje de Cartas entre el Reino de España y la República de Bolivia sobre el reconocimiento recíproco y canje de los permisos de conducción nacionales, hecho ad referéndum en La Paz el 26 de junio de 2006 (*BOE* núm. 301, de 17 de diciembre de 2007).

(156) Declaración de España relativa a la decisión de suspender la aplicación a Ucrania del Acuerdo Europeo sobre el régimen de circulación de personas entre los países miembros del Consejo de Europa (publicado en el *BOE* núm. 156 de 1 de julio de 1982), hecho en París el 13 de diciembre de 1957 (*BOE* núm. 92, de 16 de abril de 2008).

(157) Acuerdo entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos y de servicio, hecho ad referéndum en Argel el 13 de marzo de 2007 (*BOE* núm. 28, de 1 de febrero de 2008).

(158) Entrada en vigor del Protocolo complementario del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina, firmado el 28 de enero de 1997, hecho en Buenos Aires el 21 de marzo de 2005 (*BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 2007). Instrumento de Ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el reino de España y la república de Colombia, hecho en Bogotá el 6 de septiembre de 2005 (*BOE* núm. 54, de 3 de marzo de 2008). Acuerdo Administrativo para la Aplicación del Convenio de Seguridad Social entre la República del Perú y el Reino de España, hecho en Madrid el 18 de abril de 2007 (*BOE* núm. 158, de 1 de julio de 2008). *Instrumento de ratificación del Convenio de Seguridad social entre España y Rumania, hecho en Madrid, el 24 de enero de 2006* (*BOE* núm. 197, de 15 de agosto de 2008).

(159) Protocolo Adicional entre el Reino de España y la República Dominicana modificando el Convenio de doble nacionalidad de 15 de marzo de 1968, hecho en Santo Domingo el 2 de octubre de 2002 (*BOE* núm. 272, de 13 de noviembre de 2007).

(160) Acuerdo Marco de cooperación entre el Reino de España y la República de Senegal, hecho en Dakar el 10 de octubre de 2006 (*BOE* núm. 170, de 15 de julio de 2008). Acuerdo Marco de Cooperación entre el Reino de España y la República de Malí, hecho en Madrid el 23 de enero de 2007 (*BOE* núm. 130, de 29 de mayo de 2008). Acuerdo Marco de Cooperación entre el Reino de España y la República de Níger, hecho ad referéndum en Madrid el 7 de marzo de 2007 (*BOE* núm. 26, de 30 de enero de 2008).

(161) Aplicación provisional del Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Níger, hecho en Niamey, el 10 de mayo de 2008 (*BOE* núm. 160, de 3 de julio de 2008). Aplicación provisional del Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Malí, hecho en Madrid el 23 de enero de 2007 (*BOE* núm. 135, de 4 de junio de 2008). Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el reino de España y la República de Cabo Verde, hecho ad referéndum en Madrid el 20 de marzo de 2007 (*BOE* núm. 39, de 14 de febrero de 2008). Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales entre ambos países, hecho en Nouakchott el 25 de junio de 2007 (*BOE* núm. 260, de 30 de octubre de 2007) y corrección de errores (*BOE* núm.298, de 13 de diciembre de 2007).

(162) Convenio entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho ad referéndum en Praia el 26 de junio de 2006 *(BOE núm. 153, de 25 de junio de 2008).* Acuerdo entre el Reino de España y el Estado de Israel de cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho ad referéndum en Jerusalén, el 19 de abril de 2007 (*BOE* núm. 39, de 14 de febrero de 2008).

Israel), así como los acuerdos de cooperación transfronteriza en materia policial y aduanera[163], y los acuerdos de extradición, traslado de personas condenadas y de asistencia jurídica y judicial en materia penal[164]. (México, Yemen, Brasil y Argelia), así como de retorno de menores y adopción[165]. En materia de readmisión se adoptaban algunas disposiciones de desarrollo del acuerdo de readmisión entre la Unión Europea y Rusia[166].

Entre la legislación estatal ordinaria, al igual que en la crónica anterior, podemos distinguir varios grupos de normas: primero, aquellas que crean, suprimen o reestructuran departamentos ministeriales y órganos administrativos[167], entre las que debe destacarse la supresión del Ministerio

(163) Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre cooperación transfronteriza en materia policial y aduanera, hecho ad referéndum en Évora el 19 de noviembre de 2005 (*BOE* núm. 67, de 18 de marzo de 2008).

(164) Tratado de Asistencia jurídica Mutua en materia penal entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, hecho en Las Palmas de Gran Canaria el 29 de septiembre de 2006 (*BOE* núm. 182, de 31 de julio de 2007). Convenio sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República del Yemen, hecho en Madrid el 18 de octubre de 2007 (*BOE* núm. 33, de 7 de febrero de 2008). Convenio de Cooperación Jurídica y asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Brasilia el 22 de mayo de 2006 (*BOE* núm. 30, de 4 de febrero de 2008). Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la extradición entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho en Argel el 12 de diciembre de 2006 (*BOE* núm. 178, de 24 de julio de 2008).

(165) Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción, hecho ad referéndum en Dakar el 5 de diciembre de 2006 (*BOE* núm. 173, de 18 de julio de 2008). Aplicación Provisional 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. 16, de 18 de enero de 2008).

(166) Aplicación provisional del Protocolo de Ejecución entre el Reino de España y la Federación de Rusia, relativo a los plazos de respuesta a las solicitudes de readmisión de conformidad con el Acuerdo sobre readmisión entre la Comunidad Europea y la Federación de Rusia de 25 de mayo de 2006, hecho en Moscú el 1 de febrero de 2007 (*BOE* núm. 269, de 9 de noviembre de 2007).

(167) De forma general, el *Real Decreto 432/2008, de 12 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales* (*BOE* núm. 90, de 14 de abril de 2008), posteriormente modificado por el Real Decreto 1662/2008, de 17 de octubre (*BOE* núm. 252, de 18 de octubre de 2008) y *Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales* (*BOE* núm. 92, de 16 de abril de 2008), que son las normas creadoras del nuevo Ministerio de Trabajo e Inmigración. De forma más específica, en lo que se refiere al Ministerio de Trabajo e Inmigración nos encontramos con el *Real Decreto 1129/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura básica del Ministerio de Trabajo e Inmigración y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales* (*BOE* núm. 165, de 9 de julio de 2008), y Corrección de errores del Real Decreto 1129/2008, de 4 de julio (BOE núm. 189, de 6 agosto de 2008), la *Orden TIN/1540/2008, de 30 de mayo, por la que se delega y se aprueban las delegaciones del ejercicio de competencias en los órganos administrativos del Ministerio de Trabajo e Inmigración y sus organismos públicos dependientes*, así como el *Real Decreto 1470/2008, de 5 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1879/1996, de 2 de agosto, por el que se regula la composición de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo, para su adaptación a la nueva estructura de los departamentos ministeriales de la Administración General del Estado* (*BOE* núm. 229, de 22 de septiembre de 2008). Respecto a otros Ministerios: el *Real Decreto 1128/2008, de 4 de julio por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte y se modifica el Real Decreto 438/2008* (*BOE* núm. 166, de 10 de julio de 2008), el *Real Decreto 1134/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Vivienda y se modifica el RD 438/2008* (*BOE* núm. 166, de 10 de julio de 2008), el *Real Decreto 1125/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 438/2008* (*BOE* núm. 165, de 9de julio de 2008), el *Real Decreto 1124/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y se modifica el Real Decreto 438/2008* (*BOE* núm.165, de 9 de julio de 2008), el *Real Decreto 1131/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la*

de Trabajo y Asuntos sociales y la correspondiente creación del nuevo Ministerio de Trabajo e Inmigración. Segundo, normas de modificación o de desarrollo de la legislación de extranjería o relacionada directamente con ella, destinadas reforzar la lucha contra la inmigración ilegal[168] o a regular determinadas situaciones especiales en las que se pueden encontrar los extranjeros, como son las resoluciones e instrucciones sobre extranjeros enrolados en buques españoles[169], extranjeros no comunitarios que ostenten el estatuto de larga duración[170] o que hayan sido víctimas de determinados delitos[171], o autorizaciones de regreso por situación excepcional[172]. Merece una especial mención la reciente normativa aprobada sobre retorno voluntario de inmigrantes[173], resultante de la actual coyuntura económica restrictiva de empleo y crisis económica y justificada en la búsqueda de una integración sociolaboral del trabajador inmigrante en su propio país de origen. Tercero, disposiciones de actualización de las normas generales de extranjería o de desarrollo de aspectos procedimentales de las mismas, como sería la convocatoria del contingente anual de trabajadores[174], la regulación del acceso de extracomunitarios a los Servicios Públicos de

estructura orgánica básica del Ministerio de Administraciones públicas y se modifica el Real Decreto 438/2008 (*BOE* núm. 165, de 9 de julio de 2008) y el *Real Decreto 1181/2008, de 11 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior y se modifica el Real Decreto 438/2008* (*BOE* núm. 171, de 16 de julio de 2008). El *Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico* (*BOE* núm. 237, de 3 de octubre de 2007).

(168) *Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas* (*BOE* núm. 278, de 20 de noviembre de 2007).

(169) Resolución de 2 de julio de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación de Acuerdo del Consejo de Ministros, de 29 de junio de 2007, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento para tramitar las solicitudes de autorización de residencia y trabajo de extranjeros no comunitarios enrolados en buques españoles inscritos en el registro especial de buques y empresas navieras (*BOE* núm. 175, de 23 de julio de 2007).

(170) *Instrucción DGI/SGRJ/04/2008 sobre aplicación directa de la directiva 2003/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que acrediten ser titulares del estatuto de residente de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea.*

(171) *Instrucción DGI/SGRJ/05/2008 en relación con los supuestos de personas que hayan sido víctimas de determinados delitos, incluidos los de conducta violenta ejercida en el entorno familiar o de violencia de género.*

(172) *Instrucción DGI/SGRJ/07/2008 en relación con las solicitudes de autorización de regreso en las que se acredita una situación excepciona, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 18.6 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el Real Decreto 2393/2004*.

(173) *Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen (BOE* núm. 228, de 20 de septiembre de 2008) y el *Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen* (*BOE* núm. 272, de 11 de noviembre de 2008). Así como la *Resolución de 23 de octubre de 2008, de la Dirección General de Integración de los inmigrantes, por la que se convoca la concesión de subvenciones para el retorno voluntario de personas inmigrantes* (*BOE* núm.258, de 25 de octubre de 2008).

(174) *Resolución, de 26 de diciembre de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 21 de diciembre de 2007, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2008* (*BOE* núm. 11, de 12 de enero de 2008), así

ocupación y Agencias de Colocación[175], el establecimiento de tasas para la concesión de autorizaciones administrativas[176], el pago por vía telemática de algunas tasas[177], actualización de las ayudas económicas para residentes en centros de acogida de refugiados[178], aportación de documentos públicos extranjeros[179], sobre el cumplimiento de ciertos requisitos para la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia[180], sobre el acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles[181] y sobre la necesidad de informe previo para la concesión de visados para la estancia de menores extranjeros[182], así como la acreditación de medios económicos por parte de los empresarios[183]. Por último, destacan en el ámbito aplicativo un larguísimo listado de disposiciones que contienen diferentes medios dirigidos a financiar acciones en materia de inmigración[184], entre las que se encuentran tanto las convocatorias de subvenciones a entidades

como la Corrección de errores de esta resolución (BOE núm. 68, de 19 de marzo de 2008). Así como las *Instrucciones DGI/SGGCFN/03/2008 dictadas en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de diciembre de 2007, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2008* y la Corrección de errores de dichas instrucciones. *Instrucción DGI/SGRJ/01/2008 sobre reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal.*

(175) *Orden TAS/711/2008, de 7 de marzo, por la que se modifica la Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación* (*BOE* núm. 66, de 17 de marzo de 2008).

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

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

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

(179) *Instrucción DGI/SGRJ/06/2008 sobre aportación de documentos públicos extranjeros para la tramitación de procedimientos en materia de extranjería e inmigración* (*www.extranjeros.mtin.es*).

(180) *Instrucción DGI/SGRJ/05/2007, sobre la incorporación a los expedientes de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia de determinados informes que tendrán la consideración de medios de prueba del cumplimiento de ciertos requisitos reglamentarios, sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho.*

(181) *Instrucción DGI/SGRJ/06/2007 sobre acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles y el documento denominado "Kafala".*

(182) *Instrucción DGI/SGRJ/04/2007, sobre la necesidad de informe previo de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno en casos de concesión de visado para la estancia de menores extranjeros.*

(183) *Circular DGI/SGRJ/04/2008, sobre la acreditación de medios económicos de los empresarios en los procedimientos para autorizaciones de trabajo por cuenta ajena* (*www.intrmigra.info/extranjeria/archivos/impresos/CircMedios.pdf*).

(184) *Real Decreto-Ley 1/2008, de 18 de enero, por el que se determina el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) para 2008 y se concede un crédito extraordinario en el presupuesto del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por importe de 200.000.000 euros con destino a la acogida e integración de inmigrantes, así como al refuerzo educativo de los mismos*; y la *Resolución de 19 de febrero de 2008, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se publica* el Acuerdo *del Consejo de Ministros de 15 de febrero de 2008, por el que se formalizan para el ejercicio 2008, los criterios*

públicas como a privadas[185]. Entre las entidades públicas han adquirido una gran importancia los entes locales al reconocérseles a los mismos el importante papel que la administración local desarrolla en materia de acogida, atención e integración de inmigrantes.[186]

Respecto de la **legislación autonómica,** hay que hacer mención a la asunción expresa de ciertas competencias en materia de inmigración por parte de algunas Comunidades Autónomas con la aprobación de sus correspondientes reformas estatutarias. Lo cierto es que el desarrollo legislativo por parte de las Comunidades Autónomas ha sido limitado, al margen de las Leyes de Cooperación al desarrollo que País Vasco, Comunidad Valenciana y Cantabria aprobaron en 2007, poco ha sido el desarrollo legislativo posterior. Nos encontramos principalmente con normas que crean o modifican las Consejerías u órganos administrativos con competencias en inmigración o bien con disposiciones normativas que convocan subvenciones para la atención, integración y asistencia a los inmigrantes[187].

objetivos de distribución así como la distribución resultante del crédito presupuestario, por un importe de 200.000.000 de euros, del Fondo de apoyo a la acogida y la integración de inmigrantes así como el refuerzo educativo de los mismos (*BOE* núm. 52, de 29 de febrero de 2008). Así como la *Resolución de 30 de octubre de 2007, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales y la Consejería para la Igualdad y Bienestar social, de la Comunidad de Andalucía, sobre atención a menores extranjeros no acompañados* (*BOE* núm. 272, de 13 de noviembre de 2007).

(185) Pueden destacarse las dirigidas a reforzar la acogida de inmigrantes en los puntos de entrada, así el *Real Decreto 1260/2007, de 21 de septiembre, por el que se regula la concesión de una subvención directa a las Ciudades de Ceuta y Melilla para la mejora de la atención de menores extranjeros no acompañados (BOE* núm. 228, de 22 de septiembre de 2007), así el *Real Decreto 868/2007, de 2 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a entidades encargadas de la atención de menores extranjeros no acompañados en el marco del Programa Especial para el Traslado y atención de menores extranjeros no acompañados desde la Comunidad Autónoma de Canarias* (*BOE* núm. 168, de 14 de julio de 2007) y el *Real Decreto 441/2007, de 3 de abril, por el que se aprueban las normas reguladoras de la concesión directa subvenciones a entidades y organizaciones que realizan actuaciones de atención humanitaria a personas inmigrantes* (*BOE* núm.94, de 19 de abril de 2007). La *Resolución de 27 de mayo de 2008, de la Dirección General de Inmigración, por la que se convocan subvenciones públicas para procesos de selección de los trabajadores extranjeros no residentes en España, organización y coordinación de los desplazamientos y contrataciones de los trabajadores y desplazamientos colectivos de los trabajadores* (*BOE* núm. 136, de 5 de junio de 2008). *Orden TAS/1763/2007, de 11 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de concesión de subvenciones para la ordenación de los flujos migratorios laborales de los trabajadores migrantes y su inserción sociolaboral* (*BOE* núm. 144, de 16 de junio de 2007). La *Resolución de 2 de julio de 2007, de la Dirección General de Inmigración, por la que se convocan subvenciones públicas para actuaciones dirigidas a la ordenación de flujos migratorios laborales de los trabajadores migrantes y su inserción sociolaboral* (*BOE* núm. 165, de 11 de julio de 2007). *Resolución de 14 de febrero de 2008, de la Dirección General de Inmigración, por la que se convocan la concesión de subvenciones en el área de integración de los inmigrantes, solicitantes de asilo y otras personas con protección internacional* (*BOE* núm. 44, de 20 de febrero de 2008), y la *Resolución de 4 de junio de 2008, de la Dirección general de Integración de los inmigrantes, por la que se amplía el plazo. Resolución de 3 de julio de 2008, de la Dirección general de Integración de los Inmigrantes, por la que se convoca la concesión de subvenciones públicas para el asesoramiento e información sociolaboral y atención educativa ya asistencia para hijos de trabajadores migrantes* (*BOE* núm. 168, de 12 de julio de 2008).

(186) La *ORDEN TIN 2158/2008, de 18 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones a entidades locales para el desarrollo de programas innovadores a favor de la integración de inmigrantes* (*BOE* núm. 176, de 22 de julio de 2008).

(187) Cfre. entre otras *Orden EDU/935/2008, de 5 de junio, que establece las bases reguladoras de las ayudas cofinanciadas por el Ministerio de Trabajo e Inmigración dirigidas a municipios mayores de 10.000 habitantes para la realización de actuaciones de interés educativo con el alumnado inmigrante (BO Castilla y León,* núm. 111, de 11 de junio de 2008), *Orden de 3*

Un análisis de la **jurisprudencia** nacional en materia de extranjería es fundamental por el importante papel que juegan los tribunales en la consolidación y desarrollo del régimen de extranjería en España, pero dado el gran número de sentencias que nuestros Tribunales dictan anualmente, un análisis pormenorizado no es posible en este apartado, que por otra parte ya se efectúa en otras crónicas y publicaciones de referencia, por lo que nos limitaremos a señalar los elementos más novedosos de la misma.

Entre la **jurisprudencia constitucional** de 2007 y 2008 destacan principalmente las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional resolviendo los numerosos recursos de inconstitucionalidad planteados contra ciertos apartados del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración social. Así, la STC 236/2007[188], que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento Navarro declarando inconstitucionales los artículos 7.1, 8 y 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000. Si bien la declaración de inconstitucionalidad de estos preceptos no va acompañada de una declaración de nulidad de los mismos, para evitar el vacío legal que ésta produciría, sino que se insta al legislador para que en un plazo de tiempo razonable establezca las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. El Tribunal, en esta misma sentencia, declara también inconstitucionales los artículos 9.3 y 22.2 de la LO 4/2000 pues el derecho fundamental a la educación se vincula al pleno desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, tanto en nuestra Constitución como en los diversos Tratados internacionales por lo que forma parte del contenido esencial del derecho a la educación el acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad sin autorización para residir, y su ejercicio sólo puede quedar sujeto a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otras circunstancias como la situación administrativa del menor. En cuanto al derecho de asistencia jurídica gratuita, el Tribunal traslada a la sentencia lo dicho ya en la STC 95/2003 que declaró la vinculación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y a la tutela judicial efectiva, cuya titularidad ostentan también los extranjeros con independencia de su situación administrativa en España. La aplicación de esta jurisprudencia constitucional lleva al tribunal a declarar igualmente inconstitucional el artículo 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, acompañada de la nulidad del inciso "residentes", que figura en cada uno de ellos.

Igualmente, la STC 259/2007 resuelve el Recurso de inconstitucionalidad presentado por la Junta de Andalucía, y complementa la Sentencia 236/2007, al declarar inconstitucional el artículo

de agosto de 2007 por la que se aprueban las bases reguladoras par a la concesión de subvenciones dirigidas a entidades sin ánimo de lucro de ámbito provincial o autonómico para el desarrollo de programas dirigidos a la mediación intercultural, y efectúa su convocatoria para el curso 2007/2008 (*BO Junta de Andalucía* núm. 165 de 22 de agosto de 2007); *Orden de 27 de marzo de 2008 que aprueba, con vigencia indefinida, las bases que han de regir en la concesión de subvenciones destinadas a la ejecución de proyectos para promover la acogida y/o la integración de las personas inmigrantes y se efectúa la convocatoria para el 2008* (*BO Canarias* núm. 72, de 9 de abril de 2008).

(188) Puede verse un comentario más detallado de las Sentencias del Tribunal Constitucional PÉREZ SOLA, Nicolás "La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería: comentario a las Sentencias del Tribunal constitucional relativas a la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000" en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 17.*

11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, que limitaba el ejercicio del derecho de huelga a aquellos extranjeros autorizados a trabajar en España, con el argumento de que el derecho de huelga es un derecho reconocido a la persona en razón de su condición de trabajador. Las posteriores Sentencias del Tribunal Constitucional 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007 y 264/2007 reiteran en términos generales los fundamentos jurídicos y fallos dictados en las dos primeras resoluciones citadas. Al margen de estas sentencias pueden destacarse dos autos del TC en los que se inadmite a trámite una cuestión de inconstitucionalidad y un recurso de amparo, al considerar que no es contrario al principio de legalidad (artículo 25 de la CE) la existencia de un cierto margen de discrecionalidad reconocido a la Administración a la hora de imponer la sanción de multa o expulsión que están previstas legalmente en la Ley Orgánica 4/2000 (Auto del TC núm. 148/2008, de 9 de junio, RTC 2008\148; Auto del TC núm. 409/2007, de 6 de noviembre, RTC 2007\409).

De la amplísima **jurisprudencia del Tribunal Supremo**, se hará referencia a la consolidación de ciertas líneas jurisprudenciales sobre diversos aspectos del régimen de extranjería. En primer lugar, en materia de denegación de entrada, se limita la facultad de los funcionarios de control de fronteras para exigir los documentos que acrediten la finalidad del viaje (STS 19 de octubre de 2007, RJ 2007\7329; STS de 23 de noviembre de 2007, RJ 2007\8756; STS de 13 de diciembre de 2007, RJ 2007\7975). En segundo lugar, en cuanto a la sanción de expulsión, se ha limitado el uso de la misma, al exigir una motivación expresa cuando se quiera aplicar, siendo la causa de la sanción la mera permanencia irregular (STS de 9 de enero de 2008, RJ 2008\112). Ahora bien, la presencia de otros datos negativos (como pueden ser, encontrarse indocumentado o no acreditar la fecha de entrada en España) en el expediente sancionador justifican la adopción de la sanción de expulsión en lugar de la de multa; por el contrario, la mera mención a detenciones o antecedentes policiales no son suficientes para motivar la expulsión, si no se averigua el resultado que han tenido las mismas (STS de 12 de abril de 2007, RJ 2007\4114; STS de 4 de octubre de 2007, RJ 2007\7320, consolidando una línea jurisprudencial referida a los antecedentes policiales en materia de expulsión que se inició en la STS de 20 de septiembre de 2006, RJ 2006\6461). El Tribunal se ha pronunciado sobre la improcedencia de imponer la sanción de expulsión a ciudadanos rumanos y búlgaros por carecer de la documentación en regla, al tratarse de ciudadanos comunitarios, y al no hacer referencia las medidas transitorias, adoptadas por el Gobierno, al régimen de estancia y residencia [STS de 12 de febrero de 2008 (RJ 2008\1360), STS de 13 de febrero de 2008 (RJ 2008\1362), STS de 15 de febrero de 2008 (RJ 2008\1363), STS de 6 de marzo de 2008 (RJ 2008\1376) y STS de 10 de julio de 2008 (RJ 2008\4404)]. En tercer lugar, en materia de delitos contra los ciudadanos extranjeros la entrada en el Comunidad Europea de ciudadanos rumanos y búlgaros también ha dado lugar a cierta actividad jurisdiccional, principalmente para concluir que los ciudadanos comunitarios no pueden ser sujetos pasivos del delito previsto en el 318 bis del CP[189] (STS núm. 635/2007, de 2 de julio de 2007, RJ 2007\4755; STS núm. 445/2008 de 3 de julio, RJ 2008\4188; STS núm. 15/2008, de 16 de enero de 2008, RJ 2008\1399; STS núm.76/2008, de 5 de febrero, RJ 2008\1410).

(189) El pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007 (JUR 2007\210172) recoge el acuerdo de los miembros del Tribunal sobre la atipicidad de la conducta de inmigración clandestina respecto del artículo 318 bis del CP cuando se refiere a ciudadanos de países que se han integrado recientemente en la Unión Europea.

II

Extranjeros en situación irregular en España: derechos atribuidos, limitaciones a la libertad y medidas de carácter sancionador: la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional*

Margarita Isabel Ramos Quintana

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

RESUMEN

EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA: DERECHOS ATRIBUIDOS, LIMITACIONES A LA LIBERTAD Y MEDIDAS DE CARÁCTER SANCIONADOR: LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Este ensayo tiene por objeto efectuar un análisis y comentario críticos de la jurisprudencia constitucional recientemente creada en relación con el estatuto constitucional de derechos de los extranjeros en situación irregular en España. Asimismo, el régimen sancionador, el control jurisdiccional de los actos de la Administración, así como el régimen de garantías de los derechos atribuidos a los extranjeros son aspectos abordados y resueltos por el Tribunal Constitucional, en respuesta a la interposición de ocho recursos de inconstitucionalidad contra distintos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 por la que se dio nueva redacción parcial a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

ABSTRACT

FOREIGNERS WITH AN IRREGULAR SITUATION IN SPAIN: RECOGNIZED RIGHTS, LIMITATIONS OF FREEDOM AND SANCTIONING RULES. THE RECENT JURISPRUDENCE CONTROL BY THE CONSTITUTIONAL COURT

The aim of this essay is to analyze the constitutional jurisprudence recently created as regards the constitutional statute of the rights of those foreign people with an irregular situation in

(*) Este trabajo de investigación se ha desarrollado en el marco del Proyecto SEJ/2007-6447 "El papel de la OIT ante los desplazamientos de personas en el marco de la internacionalización de la economía".

Spain. Likewise, the sanctioning regime, the jurisdictional control of acts by the administration as well as the regime of guarantees of rights attributed to foreigners are issues approached and solved by the Constitutional Court, in response to the interposition of eight appeals for the constitutional control against different rules of the Organic Law 8/2000, by which new partial redaction was given to the Organic Law 4/2000, January 11th about rights and freedoms of the foreigners in Spain and their social integration.

SUMARIO

I. La situación de "irregularidad administrativa" de los extranjeros en España y su repercusión en el estatuto jurídico. Antecedentes de la cuestión y recursos en sede constitucional.

II. El estatuto constitucional de derechos de los extranjeros en España: configuración y alcance. A) La interpretación sistemática del Título I de la Constitución como fórmula de verificación del estatuto jurídico de los extranjeros en situación irregular. B) La clasificación de derechos de los extranjeros. C) Derechos de creación legal y límites a la acción del legislador: grado de conexión con otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y respeto al principio de proporcionalidad. D) Relevancia de los Tratados internacionales en la acotación del contenido y los límites de los derechos constitucionalmente proclamados.

III. Declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad: elusión de vacíos normativos y garantía de derechos fundamentales. A) Derecho de libertad sindical. B) Derecho de reunión. C) Derecho de asociación.

IV. Declaraciones de inconstitucionalidad: correcciones del Tribunal Constitucional. A) El derecho de huelga de los trabajadores extranjeros en situación irregular. B) Derecho a la educación no obligatoria. D) Asistencia jurídica gratuita.

V. Declaraciones de constitucionalidad: en torno al derecho a la libertad, al control judicial sobre actuaciones administrativas y la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva. A) Derecho a la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar. B) Falta de motivación en la denegación de visados. C) La expulsión de extranjeros condenados: afectación del principio *non bis in idem*. D) Medidas limitativas de la libertad en supuestos de retorno. E) Ejecución inmediata de las resoluciones administrativas de expulsión y procedimiento preferente. F) Ejecución de la expulsión. G) Medidas cautelares y centros de internamiento.

I. LA SITUACIÓN DE "IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA" DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU REPERCUSIÓN EN EL ESTATUTO JURÍDICO. ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN Y RECURSOS EN SEDE CONSTITUCIONAL

Con carácter reciente, el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una redefinición de los elementos, principios y criterios que deben regir para la determinación de la posición jurídica de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español, conforme al estatuto constitucional de derechos que la Carta Magna les confiere. La gran novedad que representa la última construcción jurisprudencial viene predeterminada, fundamentalmente, por el factor "irregularidad" como elemento determinante de la disparidad de criterios interpretativos y de la dudas de constitucionalidad que, desde el mismo momento de su aprobación, suscitó la Ley Orgánica 8/2000, de 23 de diciembre (BOE de 23 de diciembre), mediante la cual se procedió a efectuar una profunda reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero [BOE del 12; en adelante, LOE, para hacer referencia con carácter general a la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la Ley Orgánica 8/2000, así como por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE del 30) y la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE del 21)].

La situación de irregularidad administrativa por falta de las autorizaciones pertinentes para estar (el verbo aquí referido a la condición de "estancia"), residir o trabajar en España ha generado un gran debate y un complejo proceso de permanente discusión interpretativa y aplicativa en torno a la definición del estatuto constitucional de derechos de los extranjeros que no residen legalmente o que no trabajan de forma regular en España. Cierto es que con anterioridad al año 2007 ya se habían emitido pronunciamientos sobre esta delicada cuestión por parte del Tribunal Constitucional en relación con supuestos y situaciones de similar composición invocadas para la tutela constitucional, fundamentalmente, en vía de amparo. El valor de la jurisprudencia recientemente asentada en las ocho sentencias que a continuación son objeto de comentario radica en haber alcanzado a configurar, de forma particular, una acotación precisa del marco constitucional de derechos y los límites que a la acción del legislador se imponen en el momento de establecer su titularidad, contenido y alcance en relación con los extranjeros que viven y/o trabajan en situación de irregularidad en el territorio español.

Esa misma jurisprudencia alcanza a tocar otros aspectos no menos delicados y de indudable trascendencia jurídica en nuestro sistema democrático, que enarbola la tutela y garantía de los derechos inviolables de la persona como "fundamento del orden político y la paz social" (artículo 10.1 CE). En esa línea, diferentes extremos relativos al derecho a la libertad, el alcance del derecho a la tutela judicial, y el control jurisdiccional de los actos de la Administración, entre otros, son objeto de tratamiento por el Tribunal Constitucional dando lugar a pronunciamientos de constitucionalidad, de inconstitucionalidad en unos casos seguida de nulidad y en otros, por las razones que ya se expresarán, sin nulidad.

El comentario de la reciente jurisprudencia que aquí se lleva a cabo pretende abordar aquellos aspectos que representan en conjunto lo más destacable, sin perjuicio de que todo el "paquete" de sentencias merezca un tratamiento analítico más intenso, más amplio y de mayor alcance

por la gran variedad de cuestiones jurídicas planteadas y las distintas parcelas jurídicas de regulación afectadas.

Los elementos de extranjería y de laboralidad que, inevitablemente, acompañan la noción misma de "inmigrante" cruzan toda la argumentación jurídica que respecto de los extranjeros, en general, y de los trabajadores extranjeros, en particular, utiliza el Tribunal Constitucional[1] para determinar cuál es el conjunto de derechos que la Constitución española les atribuye y cuál aquel margen de actuación que al legislador se impone según cada concreto derecho concernido.

La privación de derechos para el colectivo de extranjeros en situación de irregularidad por parte de la Ley Orgánica 8/2000, que dio nueva redacción a numerosos preceptos de la precedente Ley Orgánica 4/2000, motivó la interposición de ocho recursos de inconstitucionalidad formulados, respectivamente, por la Junta de Andalucía, rec. núm. 1640-2001; el Parlamento Vasco, rec. núm. 1644-2001; el Grupo Parlamentario PSOE, rec. núm. 1668-2001; la Junta de Castilla-La Mancha, rec. núm. 1669-2001; la Comunidad Autónoma de Aragón, rec. núm. 1671-2001; la Junta de Extremadura, rec. núm. 1677/2001; el Principado de Asturias, rec. núm 1679/2001 y, por último, el Parlamento de Navarra, rec. núm. 1707/2001.

La totalidad de los recursos ha sido objeto de resolución (sin acumulación) en las respectivas ocho sentencias dictadas. Entre ellas, cabe destacar la inicial STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, en la que se sienta la jurisprudencia integradora de los elementos y criterios esenciales definitorios del estatuto constitucional de derechos de los extranjeros en situación irregular. Las siete restantes sentencias, a excepción de una de ellas, dictada con fecha de 19 de diciembre (STC 259/2007), que marca la doctrina jurisprudencial sobre el alcance constitucional del derecho de huelga de los extranjeros en situación irregular, como se verá, son de 20 de diciembre de 2007 (SSTC 260/261/262/263/264 y 265/2007). En su mayoría, los recurrentes coinciden en un elevado número de preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 de los que se demanda su eventual declaración de inconstitucionalidad. La falta de absoluta coincidencia impide la acumulación. Todas las sentencias han sido pronunciadas por el Pleno, pudiendo constatarse la existencia de un voto particular respecto de las dos sentencias centrales núm. 236 y 259/2007, voto que cuenta con dos adhesiones; el mismo voto particular –con una adhesión– se extiende a cinco de las sentencias siguientes (núm. 260, 262, 263, 264 y 265/2007); sin votos particulares la STC 261/2007[2].

(1) Ambos elementos, "extranjería" y "laboralidad "cruzan toda la construcción determinante de la posición jurídica de los inmigrantes, vid., M.I. RAMOS QUINTANA: "El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica" en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* T. I, Edita Gobierno de Cantabria y AEDTSS. 2003, pp. 528 y ss.

(2) Como primer ensayo inspirado por las dos Sentencias centrales de este "paquete" jurisprudencial recientemente elaborado, vid. J.L. MONEREO PÉREZ y L.A. TRIGUERO MARTÍNEZ: "Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros: A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre" (I y II), *RRLL,* 2008, núms. 6 y 7, pp. 15 y ss., respectivamente en ambos números.

II. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: CONFIGURACIÓN Y ALCANCE

El Tribunal Constitucional ha venido delimitando la posición jurídico-constitucional de los extranjeros ante el ordenamiento jurídico español, fundamentalmente, atendiendo a dos cuestiones distintas pero estrechamente ligadas entre sí: uno, el alcance de la actividad legislativa con referencia al reconocimiento constitucional de derechos de los extranjeros formulado en el artículo 13.1 de la CE; otro, la delimitación del marco de derechos que asisten a los extranjeros por imperativo constitucional. La reciente jurisprudencia representa una importante novedad en la medida en que traza con claridad el conjunto de principios jurídicos, reglas hermenéuticas y bagaje constitucional con que debe construirse la definición de derechos constitucionalmente declarados en relación con los extranjeros que se encuentran en España en una situación de irregularidad o de ilegalidad.

En nuestro país, los ensayos realizados desde la propia ordenación jurídica de esta cuestión, las aportaciones provenientes del rico y complejo debate científico, así como la abundante interpretación jurisprudencial se han centrado y, desde luego, han estado muy condicionados por la tradicional dicotomía de tratamiento que ha tratado de establecerse entre "legales" e "ilegales". La reciente jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional ha venido a poner de manifiesto una comprensión más amplia en la teorización del sistema de derechos que la Constitución española proclama: derechos de los españoles, derechos de los extranjeros en situación de residencia legal en España, pero también derechos constitucionales para los extranjeros que residen en condiciones de irregularidad en el territorio español.

El artículo 13.1 CE dispone: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley". Así delimitado, el precepto constitucional de referencia viene a otorgar libertad al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas que el título I garantiza a los extranjeros en España, pero dicha libertad no está exenta de límites, incluso cuando la intervención legislativa afecta a los extranjeros que viven o trabajan de forma no autorizada en el territorio español.

La determinación del conjunto de derechos que a los extranjeros confiere la Constitución española, así como su alcance, contenido y límites se encuentra condicionado por el margen de que dispone el legislador al desarrollar el mandato constitucional incluido en el artículo 13.1 CE. Asimismo, el respeto debido a las exigencias contenidas en los Tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades da lugar a otro importante e irreductible conjunto de límites que no pueden ser desconocidos.

En el momento actual, el análisis del estatuto constitucional de derechos de los extranjeros en España[3] requiere de manera imprescindible el conocimiento del contenido de las sentencias

(3) En cualquier caso, la noción de "extranjeros" permite agrupar a aquellos que carecen de nacionalidad española, pero tal noción no permite configurar un bloque homogéneo, sino un vasto y amplio conjunto de personas con situaciones jurídicas diversas y regímenes jurídicos diferenciados, cfr., J.M. ESPINAR VICENTE: *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2001, p. 7.

recientemente emitidas por el Tribunal Constitucional, puesto que una parte importante de las denuncias de supuesta inconstitucionalidad de múltiples preceptos de la Ley de Extranjería versan sobre este extremo. De entre ellas, como se ha indicado, resulta básica y decisiva la STC 236/2007, al constituir el pronunciamiento inicial donde se efectúa la construcción técnico jurídica que con posterioridad será objeto de reproducción, apenas con simples matices, en las siete sentencias posteriores. La sentencia mencionada no se aparta de los criterios de constitucionalidad ya instalados en aquella jurisprudencia, al contrario, los acoge en su práctica totalidad añadiendo elementos nuevos de naturaleza interpretativa y perfilando exigencias específicas para delimitar las condiciones de la labor del legislador orgánico. Se aborda, en fin, una construcción rigurosa y sistemática de los presupuestos indispensables que deben presidir la definición constitucional de la posición jurídica de los extranjeros que se encuentran en España en situación irregular.

El Tribunal Constitucional ha centrado la determinación de dicha posición jurídica, por una parte, atendiendo a lo que debe ser eje medular y básico de toda consideración sistemática de los derechos constitucionales, esto es, desde el significado jurídico de la "dignidad" como "fundamento del orden político y de la paz social" (artículo 10.1 CE) y las consecuencias que de dicho significado cabe deducir. De otra parte, precisando cuál es el alcance preceptivo de los Tratados internacionales en tanto fuente del ordenamiento jurídico, en particular, los Tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades (artículo 10.2 CE) en su función de fuente interpretativa del contenido y significación de los derechos constitucionalmente proclamados.

La STC 236/2007 orienta la respuesta a las dudas de constitucionalidad de varios pasajes de la Ley de Extranjería en relación con el conjunto de derechos que la Constitución reconoce a los extranjeros, sobre dos elementos centrales: uno, la posible inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, en cuanto niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino "a aquellos que no disponen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España" (FJ 2.º); otro, la supuesta contradicción de esta fórmula excluyente con Tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades.

A) La interpretación sistemática del título I de la Constitución como fórmula de verificación del estatuto jurídico de los extranjeros en situación irregular

El artículo 13.1 CE –señalan las SSTC 236/237, reiterando jurisprudencia ya establecida– no ha venido a desconstitucionalizar el régimen jurídico de los extranjeros en España (SSTC 107/1984, FJ 4.º y 99/1985); por el contrario, la existencia de dicho precepto en la Constitución pone de manifiesto que los derechos de los no nacionales encuentran "su fuente primera" en el propio texto constitucional (STC 236/2007, FJ 3.º)[4]. Para la determinación de qué derechos correspon-

(4) Por todos, vid. P. CRUZ VILLALÓN: "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", *REDC*, 1992, núm. 35, p. 67.

den a los extranjeros y cuál el contenido integrante de los mismos es preciso acudir a cada uno de los preceptos declarativos de derechos incluidos en el título I de la Constitución. El problema atinente a la definición de la titularidad y ejercicio dependerá, en primer lugar, del concreto derecho afectado (STC 107/1984, FJ 4.º) y, en segundo término, de las reglas contenidas en el propio artículo 13.1 CE.

Tanto la titularidad como el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros deben deducirse de los preceptos que integran el título I de la Constitución interpretados conjuntamente y de manera sistemática, evitando incurrir en lecturas parciales centradas en un único precepto constitucional. Con este criterio se efectúa toda la indagación jurídica que permitirá resolver las dudas de constitucionalidad en relación con la exclusión de los extranjeros indocumentados respecto de un conjunto importante de derechos[5]. La STC 236/2007 estima que el precepto constitucional integrado en el artículo 13.1 de la Constitución consagra "un estatuto constitucional de los extranjeros en España" (FJ 3.º), de modo que gozarán "no sólo de las libertades sino también de los derechos reconocidos en el título I de la Constitución", reproduciendo así la interpretación no restrictiva de la expresión "libertades públicas" contenida en aquel precepto[6]. El artículo 13.1 alude a "todos los extranjeros" (STC 236/2007, FJ 3.º) con independencia de las diversas situaciones jurídicas en que puedan encontrarse, por lo que deben excluirse valoraciones jurídicas apriorísticas que estimen que la declaración del artículo 13 CE únicamente va dirigida a los extranjeros cuya situación legal y administrativa en España sea totalmente regular[7].

Sin embargo, una situación de irregularidad puede constituir base suficiente para alterar el estatuto jurídico de los extranjeros constitucionalmente reconocido. El alcance y los límites de dicha alteración son abordados en la STC 236/2007, poniendo de manifiesto que el legislador, si bien dispone de una amplio margen de libertad para concretar los términos del ejercicio de los derechos y libertades públicas por parte de los extranjeros, sin embargo, "se encuentra sometido a límites derivados del conjunto de todo el título I de la Constitución" y, asimismo, de "los contenidos en los apartados primero y segundo del artículo 10 CE" (FJ 3.º). La libertad de que goza el legislador puede quedar condicionada al regular la titularidad y el contenido de los derechos de los extranjeros: en primer lugar, dependiendo del concreto derecho afectado, el tipo de derecho y su atribución subjetiva por la Constitución; en segundo término, los extranjeros no gozan sólo de los derechos y libertades que establezcan los Tratados y la ley, lo que equivaldría a la ya descartada desconstitucionalización; por último, constituye un límite a la acción del legislador la existencia en el título I de derechos cuya titularidad se reserva en exclusiva a los españoles (los reconocidos en el artículo 23 CE), con prohibición expresa al legislador de extenderlos a los extranjeros a salvo de lo que pueda establecerse por tratado o por

(5) El voto particular que recibe la STC 236/2007 se opone a esta elección interpretativa, estimando que la única fuente de referencia debe ser el artículo 13.1 CE de manera exclusiva.

(6) La STC 107/1984 (FJ 3.º) ya había escogido esta opción, señalando que "el término «libertades públicas» no tiene obviamente un significado restrictivo".

(7) El voto particular, por el contrario, estima que todo reconocimiento de derechos debe partir *a priori* del debido "respeto a la ley", lo que conduce a negarlos a todos aquellos extranjeros que residen en España de forma irregular.

ley (atendiendo a criterios de reciprocidad) para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

B) La clasificación de derechos de los extranjeros

La STC 236/2007 acoge la clasificación de derechos establecida en la STC 107/1984, si bien profundiza en el alcance constitucional de la misma. Recuérdese que en aquélla se estableció una triple clasificación (y diferenciación) de derechos de los extranjeros en España[8], conforme al siguiente esquema conceptual. Primero, hay derechos que pertenecen a todos, a todas las personas sin distinción por razón de nacionalidad en la medida en que se trata de derechos estrechamente vinculados a la dignidad de la persona. Segundo, existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, reservándose su titularidad a los españoles, en particular, los recogidos en el artículo 23.1 CE. Tercero, hay derechos que por su propia naturaleza pueden extenderse a los extranjeros, si bien resulta admisible alterar los términos del ejercicio de tales derechos por razón de la nacionalidad de su titular[9]. De la clasificación apuntada, interesa centrarse en la primera y tercera de las categorías de derechos establecidas, pues se corresponden con los ámbitos del debate y examen de constitucionalidad.

Retomando esta clasificación, la STC 236/2007 indaga sobre el alcance de los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. De este tipo de derechos, ya se había declarado que "corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a los españoles" (STC 107/1984, FJ 3.º), en los que no caben diferencias con los españoles por razón de nacionalidad, extendiéndose esta obligatoriedad de tratamiento igualitario a las condiciones de su ejercicio. A tal efecto, la STC 95/2003 estimó que los no nacionales gozan de ellos "en condiciones plenamente equiparables" a los españoles (FJ 3.º). Son derechos que resultan "imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden público español" (SSTC 107/1984, FJ 3.º; 99/1985, FJ 2.º y 130/1995, FJ 2.º), porque se trata de "derechos inherentes a la dignidad de la persona humana" (STC 91/2000, FJ 7.º).

La lista de este primer grupo o tipo de derechos no es "cerrada y exhaustiva" (STC 236/2007, FJ 3.º); puede ampliarse cada vez que resulte comprobado que un concreto derecho encuentra su vinculación a la dignidad humana. Derechos de esta naturaleza han sido declarados con estas características por el Tribunal Constitucional: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad o libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3.º), o bien, el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2.º) y su derecho instrumental, la asistencia jurídica gratuita (STC

(8) Una visión y reformulación crítica de la misma en J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE: "Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma pactada", *Revista de Relaciones Laborales,* Lan Harremanak, 2003-I, núm. 8, pp. 109 y ss.

(9) De entre los originarios comentarios y análisis de la conocida clasificación de derechos en la STC 107/1984, vid. M.ª C. POLO SÁNCHEZ: "Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España", *Consejo Económico y Social,* Madrid, 1994, pp. 56 y ss.

95/2003, FJ 4.º), el derecho a la libertad y seguridad (STC 144/1990, FJ 5.º), así como el derecho a no ser discriminado por razón e nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, FJ 1.º).

La determinación de si un concreto derecho pertenece o no a este grupo exige superar el examen de cuatro aspectos jurídicos que habrán de tomarse en consideración: a) inicialmente, todos los derechos están vinculados a la dignidad de la persona que como fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE) obliga a reconocer a todos, es decir, a cualquier persona, independientemente de la situación jurídica en que pueda encontrarse, aquellos derechos "imprescindibles para garantizarla": la dignidad se erige así en un "mínimo invulnerable" impuesto por imperativo constitucional a todos los poderes públicos, incluido el legislador (STC 236/2007, FJ 3.º)[10]; b) el grado de conexión de un derecho con la dignidad humana determina el margen de libertad de la acción del legislador al configurar el concreto derecho afectado, y así "no podrá modular o atemperar su contenido" (STC 99/1985, FJ 2.º) y de ningún modo podrá "negar su ejercicio a los extranjeros cualquiera que sea su situación" (STC 236/2007, FJ 3.º) porque se trata de derechos de la persona que la acompañan, independientemente de las situaciones jurídicas diversas en que pudiera encontrarse; c) en el proceso de identificación se ha de partir, en primer lugar, del tipo abstracto de derecho, pero también de los intereses que básicamente por medio de aquél se protegen, convirtiéndose el contenido esencial de cada derecho en un límite invulnerable para el legislador en el desarrollo de la Constitución[11]; y d) en la identificación de los derechos pertenecientes a esta primera categoría cobran especial relevancia los Tratados internacionales que sobre derechos y libertades haya ratificado España, de manera particular, la Declaración Universal de Derechos Humanos. Así lo establece el artículo 10.2 CE expresando el reconocimiento de lo que es una "coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado" (STC 91/2000, FJ 7.º).

En la regulación jurídica de los derechos fundamentales de los extranjeros el legislador se encuentra sometido a límites constitucionales. El primer límite lo constituye el deber de respetar en todo caso la dignidad de la persona; recuerda en este sentido la STC 236/2007 que aquélla siempre debe ser "concebida como sujeto de derecho y no mero objeto de decisiones de los poderes públicos" (FJ 3.º, reproduciendo en este punto jurisprudencia anterior). El segundo, viene representado por la expresión utilizada por la Constitución al proclamar el derecho en cuestión, de modo que cuando se trata de derechos atribuidos a todos, a toda persona, el grado de conexión de los mismos con la dignidad puede precisarse tomando en consideración su contenido y su naturaleza. Por último, el legislador ha de respetar los derechos reconocidos directamente *ex Constitutionae* a los extranjeros, "aunque sí puede establecer condicionamientos adicionales" respecto a su ejercicio (STC 236/2007, FJ 4.º), si bien estas afirmaciones ya se

(10) Esta declaración representa una confirmación de jurisprudencia anterior, puesto que ya se había expresado que la dignidad de la persona "ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que... se encuentre", pasando a convertirse en un "mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar" (SSTC 120/1990, FJ 4.º y 57/1994, FJ 3.º).

(11) En este mismo sentido, véanse SSTC 11/1981, 101/1991 y ATC 334/1991.

encontraban en la STC 115/1987, FJ 2.º. En la modulación del ejercicio de tales derechos el legislador no es completamente libre, sino que ha de respetar en todo caso, las prescripciones constitucionales, porque "una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales" (STC 115/1987, FJ 3.º).

En el ámbito de lo que se ha definido como otro grupo de derechos, los de creación legal o convencional, el legislador sí dispone de un margen más amplio de libertad al regular (STC 107/1984, FJ 4.º). Tales derechos no son atribuidos a los extranjeros *ex Constitutionae* y, sin embargo, el legislador puede extenderlos a los no nacionales con los límites subjetivos que precisamente el artículo 13.1 CE establece, pudiendo modular las condiciones de su ejercicio atendiendo a la nacionalidad de las personas y pudiendo llegar a introducir "tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros" (STC 94/1993). Esta construcción interpretativa no debe inducir a error y estimar desacertadamente que la libertad del legislador al configurar el régimen jurídico de este grupo de derechos es completamente absoluta (STC 94/1993, FJ 3.º); por el contrario, sigue existiendo un importante haz de limitaciones constitucionalmente relevantes.

C) Derechos de creación legal y límites a la acción del legislador: grado de conexión con otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y respeto al principio de proporcionalidad

En la actuación del legislador consistente en la extensión a los extranjeros de derechos constitucionales no inherentes a la dignidad humana aquél se encuentra ante una serie de reglas, principios, y valores jurídicos que comportan serias limitaciones. El tratamiento desigual con los españoles así como las diferencias en el ejercicio de tales derechos pueden llegar a suponer "restricciones" o "limitaciones" propiamente dichas (STC 242/1994). Al establecer dichas restricciones o limitaciones la libre voluntad del legislador continúa encontrándose supeditada a una serie de condicionamientos de naturaleza constitucional[12].

Cuando se modula el ejercicio de este tipo de derechos, obviamente y no está de más insistir en ello, no puede producirse afectación alguna de los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana en ningún momento (STC 242/1994, FJ 4.º). No podrá quedar en entredicho el contenido delimitado para cada concreto derecho por la Constitución (contenido esencial), o bien por los Tratados internacionales suscritos por España (contenido constitucionalmente declarado) (STC 242/1994, FJ 4.º). En un tercer orden de consideraciones, las condiciones de ejercicio sólo serán constitucionalmente válidas si respetando el contenido esencial en cada derecho afectado "se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos" (STC 236/2007, FJ 4.º). En último lugar, las limitaciones o restricciones en todo caso

(12) Vid. sobre estos extremos, M.ª C. VIDAL FUEYO: *Constitución y extranjería*, Ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 62.

deben guardar "proporcionalidad a la finalidad perseguida" (STC 236/2007, FJ 4.º), pues de lo contrario, carecerían de fundamentación jurídico-constitucional.

Todo lo anteriormente expresado revela que el legislador puede, efectivamente, en este grupo o categoría de derechos tomar en consideración la situación legal y administrativa de los extranjeros en España y exigir el cumplimiento del deber de estar autorizado como elemento habilitante del ejercicio de derechos. Son derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la ley establece para entrar y permanecer en el territorio español (STC 236/2007, FJ 4.º).

D) Relevancia de los Tratados internacionales en la acotación del contenido y los límites de los derechos constitucionalmente proclamados

Como es sabido, el artículo 10.2 CE ordena que "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas 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". En la STC 236/2007, la parte recurrente (el Parlamento de Navarra) invoca este precepto constitucional para fundamentar la supuesta inconstitucionalidad de ciertos pasajes de la Ley Orgánica 8/2000 por considerar que infringen directamente preceptos contenidos en determinados Tratados, pero el Tribunal Constitucional niega el carácter autónomo de los Tratados convertidos de este modo en canon exclusivo de constitucionalidad (STC 236/2007, FJ 5.º). Tal negativa se fundamenta en tres núcleos de argumentación diferente.

La utilidad de los Tratados como fuente de interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución ha sido admitida al permitir configurar "el sentido y alcance de los derechos fundamentales" conforme dispone el artículo 10.2 CE (SSTC 38/1981, FJ 4.º; 84/1989, FJ 5.º), pero la STC 236/2007 ha venido a negar que los Tratados se conviertan por ello en "canon autónomo de la validez de las normas y actos de los poderes públicos" (FJ 5.º). Por el contrario, afirma que la proclamación de los derechos se encuentra directamente en la Constitución española y son aquéllos los que resisten medirse en cuanto a su significación, dimensión y alcance por los acuerdos internacionales. En tal sentido, –afirma la sentencia– los Tratados desarrollan la función de ser "fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos" (STC 64/1991, FJ 4.º).

Si ese debe ser el sentido de su utilidad, ha de concluirse que el artículo 10.2 de la Constitución no alcanza a erigirse por sí mismo en instrumento de control para una eventual declaración de inconstitucionalidad si no se encuentra conectado con otros preceptos constitucionales donde se produzca la recepción de derechos concretos. No hay, por tanto, "posibilidad de que un precepto legal pueda infringir autónomamente el artículo 10.2 CE" (STC 236/2007, FJ 5.º). La función encomendada al referido precepto no es otra que la de "establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades públicas, de un lado, y los Con-

venios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro" (STC 236/2007, FJ 5.º).

De las dos consideraciones hasta aquí expuestas se extrae una conclusión añadida: los derechos y libertades reconocidos o proclamados en los textos internacionales ratificados por España no adquieren automáticamente rango constitucional si tales derechos no encuentran recepción en nuestra Constitución. La concreción del derecho fundamental vulnerado no puede efectuarse en sede constitucional mediante la sola remisión al artículo 10.2 CE. Cuando el legislador u otro poder público adopta decisiones lesivas de un derecho, en la medida en que limita o reduce el contenido que le atribuye la Constitución o los Tratados internacionales suscritos por España el precepto que debe considerarse infringido será aquel por el cual se efectúa el reconocimiento o proclamación del concreto derecho dado "sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del artículo 10.2 CE, que por definición no puede ser nunca autónomo, sino dependiente de otro..." (STC 36/1991, FJ 5.º). Nunca podrá el Tratado internacional resultar por sí solo parámetro de constitucionalidad de las leyes y, en consecuencia, no constituirá apoyo suficiente que pueda fundamentar una pretensión de declaración de inconstitucionalidad (STC 236/2007, FJ 5.º).

Todo lo hasta aquí expresado no equivale a afirmar la incapacidad del artículo 10.2 CE para desarrollar una función limitadora de la labor del legislador al regular los derechos de los extranjeros en España. Antes al contrario, en la delimitación de cada concreto derecho su contenido se encuentra afectado por la configuración que de él hayan efectuado los Tratados internacionales suscritos por España. Es en ese sentido en el que debe ser interpretado el artículo 13.1 CE, cuando admite eventuales limitaciones o restricciones en el ejercicio de ciertos derechos, las cuales no podrán traspasar los umbrales de protección y garantía que los Tratados aseguran para cada derecho referido. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permite establecer límites a la libertad del legislador al configurar ciertos derechos, como el derecho de entrar y salir del territorio de un Estado[13].

III. DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD SIN NULIDAD: ELUSIÓN DE VACÍOS NORMATIVOS Y GARANTÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Los ocho recursos de inconstitucionalidad formulados ante el Tribunal Constitucional se refieren, específicamente, a un determinado tipo de ordenación jurídica que la Ley Orgánica 8/2000 llevó a cabo en relación, en primer lugar, con una serie de derechos que presentan en común la exclusión radical de su ejercicio de los extranjeros carentes de autorización para residir y/o trabajar en España. En otras ocasiones, la pretensión de los recursos no es otra que combatir ciertas medidas adoptadas por la citada Ley en relación con el ámbito sancionador del derecho

(13) Cfr. STC 242/1994, FJ 4.º. Utilizando el citado Pacto con igual sentido limitativo, otras SSTC, como la 94/1993, FJ 3.º y 24/2000, FJ 4.º.

de extranjería, el control judicial de los actos administrativos y la garantía de tutela y defensa de los derechos atribuidos a los extranjeros.

Todos los organismos recurrentes cuestionan la adecuación a la Constitución española de los preceptos contenidos en el artículo primero punto 5 de la Ley Orgánica 8/2000 (*derecho de reunión*), del punto 6 (*derecho de asociación*) y del punto 9 en relación con el *derecho de libertad sindical*. Siete organismos recurrentes hacen lo mismo respecto del punto 9 en relación con el *derecho de huelga*, y del punto 16 (*derecho de asistencia jurídica gratuita*). Cuatro, respecto del punto 56 (*procedimiento preferente de expulsión*), tres recurrentes en relación con el punto número 50 (*expulsión de extranjeros condenados por conducta dolosa*), dos respecto del punto 12 (*intimidad familiar*), 13 (*reagrupación familiar*), 15 (*ejecutividad de actos administrativos dictados en materia de extranjería*), 55 (*ingreso en centros de internamiento*) y 57 (*ejecución de la expulsión*). Por último, otros puntos como el 14 (*derecho a la tutela judicial efectiva*), 20 (*expedición del visado*), 53 (*retorno*) y 54 (*medidas cautelares*) fueron objeto de una única impugnación. Todos los puntos citados del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000 procedieron a dar nueva redacción a la Ley Orgánica 4/2000, como ya se ha dicho. El resultado final de todo este conjunto de impugnaciones no resulta fácil de calificar de modo global y homogéneo.

Se aborda, a continuación, el análisis de algunas de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional cuya conclusión aboca a la declaración de inconstitucionalidad sin que a la misma se anude el efecto de la nulidad del precepto o norma correspondiente. Esta opción responde, como manifiestan las sentencias de referencia, a la pretensión de evitar la expulsión del ordenamiento jurídico de normas que reconocen los derechos cuestionados en sede constitucional para los extranjeros que residen legalmente, de modo que la sola declaración de inconstitucionalidad y consiguiente efecto de la nulidad, en la medida en que excluyen –injustificadamente– a los extranjeros en situación irregular como sujetos titulares de los mismos, terminaría por privar a aquellos cuyo derecho había quedado salvaguardado por la norma cuestionada en la que se había producido la atribución del derecho para quienes sí residen legalmente en España.

A) Derecho de libertad sindical

El artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000 en su redacción dada por el artículo primero punto 9 de la Ley Orgánica 8/2000 reconoce el derecho de libertad sindical de los extranjeros en las mimas condiciones que los españoles, la cual podrán ejercer, según indica textualmente, "cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España". La acotación del derecho de libertad sindical impidiendo radicalmente su ejercicio a los extranjeros cuando carecen de la autorización administrativa mencionada, se situaba así en un extremo tal de exclusión que muy rápidamente suscitó en el debate jurídico-laboral severas críticas que ya avanzaron su manifiesta inconstitucionalidad[14]. Inicialmente, la STC 236/2007 declara el efectivo desajuste

(14) R. ESCUDERO RODRÍGUEZ: "Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000", *RDS,* 2001, núm. 13, pp. 33 y ss.

entre la ordenación orgánica y la dimensión constitucional del derecho de libertad sindical, si bien, al tratarse de un precepto impugnado en todos y cada uno de los ocho recursos de inconstitucionalidad las sentencias posteriores se limitarán a ratificar el sentido y alcance de las declaraciones contenidas en la sentencia originaria. Ha de precisarse que el artículo 11.1 LOE contiene en su inciso final una referencia añadida y expresa al "derecho a afiliarse a una organización profesional", la propia Sentencia 236/2007 ya afirma que la declaración de inconstitucionalidad se extiende sólo y exclusivamente al derecho de sindicarse libremente (FJ 9.º), por tanto, al inciso primero del párrafo 1 del artículo 11 LOE.

La calificación de inconstitucionalidad que declara la STC 236/2007 se apoya en la aplicación de dos criterios interpretativos: uno, el de la fundamentación jurídica del derecho de libertad sindical erigida sobre las bases constitucionales existentes y otro, las conexiones indispensables del mencionado derecho con los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España en esta materia (artículo 10.2 CE). La conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional pone de manifiesto que el precepto inserto en el artículo 11.1 LOE no se adecua al marco constitucional de reconocimiento del derecho de libertad sindical[15]. Dicha falta de adecuación se verifica, fundamentalmente, ante la ineludible necesidad de precisar su contenido esencial: una lectura del mismo a la luz de lo dispuesto en los instrumentos internacionales de referencia evidencia su desconocimiento por parte del legislador orgánico. Se revela una vulneración del contenido esencial del derecho de libertad sindical al contravenir lo dispuesto en el artículo 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que declara el derecho de "toda persona" a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. En tal sentido, el derecho de libertad sindical se configura como derecho de proyección universal, un derecho de las personas y no exclusivamente de los trabajadores. Es contrario, asimismo, a lo dispuesto en el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que declara el derecho de toda persona "a asociarse libremente con otras, incluso a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses". En el mismo sentido, contradice los términos bajo los que es proclamado en el artículo 8.1.a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, como derecho de "toda persona" tanto a fundar sindicatos como a afiliarse al de su elección, y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 11.1), donde se atribuye a "toda persona" la libertad de reunión y de asociación, incluido "el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses".

En consecuencia, el derecho de libertad sindical no exige a sus titulares la condición de trabajadores[16], en sentido legal: "esa opción no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental" siendo, por el contrario, constitucionalmente admisible "reconocer este derecho a los extranjeros no autorizados para estar o residir en España, quienes pueden afiliarse

(15) En el debate científico, estas consideraciones ya habían sido expuestas, vid., entre otros, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO B-F: "El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios" en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* T. I, Edita Gobierno de Cantabria y AEDTSS. 2003, pp. 66 y ss.

(16) Insistiendo en su carácter como derecho de dimensión social ligado a la dignidad humana, J.L. MONEREO PÉREZ y L.A. TRIGUERO MARTÍNEZ: "Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros: A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre" (I), *RRLL,* 2008, núm. 6, pp. 34 y 35.

a los Sindicatos españoles para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma" (STC 236/2007, FJ 9.º). Por ello, el derecho de los extranjeros a sindicarse libremente que contiene el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, redactado conforme establece el artículo primero, punto 9 de la Ley Orgánica 8/2000, merece la declaración de *inconstitucionalidad sin nulidad* (STC 236/2007, FJ 9.º en relación con FJ 17.º). Esta misma declaración se repite en todas las ulteriores sentencias, números 259/2007, de 19 de diciembre de 2007 (FJ 5.º), así como en las SSTC 260/2007 (FJ 2.º), 261/2007 (FJ 2.º), 262/2007 (FJ 2.º), 263/2007 (FJ 2.º), 264/2007 (FJ 2.º), 265/2007 (FJ 2.º), pronunciadas con fecha de 20 de diciembre de 2007. La declaración de nulidad del artículo 11.1 LOE habría acarreado consigo la expulsión del ordenamiento de una norma que garantiza la libertad sindical de los extranjeros que sí se encuentran autorizados a estar o residir en España, provocando con ello la ausencia de atribución de tal derecho en este supuesto específico. Para evitar un vacío normativo de desarrollo del mandato contenido en el artículo 13.1 CE, la Sentencia 236/2007 opta por una fórmula de carácter finalista: al no corresponder al Tribunal Constitucional "decidir una determinada opción en materia de extranjería ya que su pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución aquella que se somete a su enjuiciamiento", ordena que sea el legislador, "dentro de su libertad de configuración normativa", el que desarrolle la función que constitucionalmente tiene encomendada y, en tal sentido, hace un llamamiento al mismo para que establezca "dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de ... sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España" (FJ 17.º).

B) Derecho de reunión

En la versión dada por el punto 5 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, por la que se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 7 de la Ley Orgánica 4/2000, se señala: "Los extranjeros tendrán el derecho de reunión y manifestación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España". Este precepto, recurrido inicialmente por el Parlamento de Navarra, dando lugar a la STC 236/2007, se estima como contrario a la Constitución por tratarse –el de reunión– de un derecho ligado indisolublemente al concepto de dignidad humana, no admitiendo diferencias en su ejercicio entre españoles y extranjeros, esto es, diferencias basadas en la nacionalidad. La inexistencia de cobertura constitucional para justificar la restricción en el ejercicio del derecho se residencia en la naturaleza y configuración del derecho de reunión –y manifestación–, esto es, como un derecho que cuenta con una conexión insoslayable con la garantía de la dignidad humana. Frente a esa argumentación, la Abogacía del Estado invoca la autorización de estancia o residencia como elemento constitutivo de "un derecho de configuración legal". Recuérdese que el artículo 21 CE en su apartado 1 señala: "Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa". El apartado 2 añade: "En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes".

La conexión del derecho de reunión con la garantía de la dignidad humana la construye el TC a partir del contenido esencial del derecho de reunión (tipo de derecho e intereses que básicamente protege) y de la determinación de la medida en que resulta imprescindible para la dignidad de las personas. A la primera finalidad responde la indagación sobre la jurisprudencia anterior del propio órgano de control constitucional trayendo a colación numerosos supuestos en los que ha quedado establecido el contenido y alcance del derecho fundamental de reunión. Éste ha sido perfilado como "manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas (STC 85/1998) siendo para muchos grupos sociales uno de los pocos medios de los que dispone para expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones (STC 236/2007, FJ 6.º) [17].

Las relaciones inescindibles entre derecho de reunión y libertad de expresión han sido reconocidas, entre otros, por el TEDH, particularmente, en los casos *Rekvényi*, de 20 de mayo de 1999, *Partido de la Libertad y de la Democracia*, de 8 de diciembre de 1999, y *Stankov*, de 13 de febrero de 2003, poniendo de manifiesto que en muchas ocasiones la protección de las opiniones y la libertad de expresarlas constituye uno de los principales medios que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación. En este bagaje interpretativo, así como en el amplio número de sentencias que nuestro TC ha tenido ocasión de dictar sobre esta cuestión se apoya la STC 236/2007, recordando además cómo la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 20.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 21) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 11) despejan toda duda acerca de la estrecha relación entre el derecho de reunión y el valor jurídico de la dignidad humana, admitiendo no más medidas restrictivas que las indispensables en una sociedad democrática para la seguridad nacional, seguridad y orden públicos, la protección de la salud, de la moral o de los derechos y libertades ajenos. Debe recordarse, asimismo, que ya en la STC 115/1987 en relación con este mismo derecho y su eventual restricción a las personas que carecen de nacionalidad española ya se había indicado que el artículo 21.1 CE no permite referencias a la nacionalidad del que ejerce este derecho (FJ 2.º).

La STC 236/2007 considera que "la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, impone al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre" (FJ 6.º). La Ley O. 8/2000 no ha procedido a efectuar "una modulación del derecho de reunión" determinando cuáles son las condiciones para ejercerlo, sino que lisa y llanamente ha procedido a negar el derecho en sí a los extranjeros que carecen de la pertinente autorización. Por consiguiente, la ordenación orgánica contraviene el artículo 21 CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos internacionales ratificados por España en la materia, declaración de inconstitucionalidad que no lleva aparejada la de nulidad por los mismos motivos expresados en relación con el derecho de libertad sindical (FJ 6.º en relación con FJ 17.º).

(17) Cfr. en esa misma línea interpretativa, las SSTC 66/1995, 196/2002, 195/2003 y 284/2005.

C) Derecho de asociación

El artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2000 en redacción dada por punto 6 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000 señala que "Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España". La dimensión constitucional y el alcance del derecho de asociación fue objeto, como podrá recordarse, de pronunciamiento expreso en la STC 115/1987 al hilo de la regulación contenida en la LO 7/1985 sobre la atribución del mismo a los extranjeros como un derecho atribuido directamente por la Constitución española (FJ 3.º). La parte recurrente al igual que la Abogacía del Estado mantiene sus respectivas posiciones argumentativas en idénticos términos a los expresados en relación con el derecho de reunión. Por ello, el TC acoge su propia construcción para enjuiciar este precepto: examina el contenido del derecho de asociación y su eventual vinculación con la dignidad con el objeto de verificar si al imponer tales restricciones en su ejercicio el legislador cumple con los mandatos constitucionales de referencia. Se trae a colación la configuración el derecho de asociación construido en la STC 67/1985, el cual, interpretado de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos exige diferenciar el doble plano de la libertad positiva de asociación y la negativa de no asociarse (artículos 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 20.2 de la DUDH). En la STC 115/1987 se estableció que como "libertad positiva" el derecho de asociación garantiza a los individuos la posibilidad de unirse para el logro de "todos los fines de la vida humana", libre el grupo de "toda interferencia estatal" (FJ 3.º); y con anterioridad ya la STC 67/1985 señaló que en cuanto *libertad negativa* encierra "una garantía frente al dominio por el Estado de las fuerzas sociales a través de la creación de Corporaciones o asociaciones..." (FJ 3.º).

En todo caso, el derecho de asociación comporta cuatro dimensiones o facetas complementarias: a) libertad de creación de asociaciones y adscripción a las ya existentes; b) libertad de no asociarse o dejar de pertenecer a las mismas; c) libertad organizativa y de funcionamiento interno proscribiendo toda injerencia pública; d) libertad individual intraorganizativa de los asociados frente a las estructuras asociativas a las que pertenezcan o pretendan incorporarse (SSTC 56/1995 y 104/1999). Si bien la CE utiliza una fórmula impersonal "Se reconoce..." (artículo 22.1), los textos internacionales suscritos en la materia atribuyen este derecho "a toda persona" con los mismos límites que se admiten, y que ya fueron expresados, respecto del derecho de reunión (orden público, salud pública, etc.).

Con apoyo en la jurisprudencia antes elaborada, la STC 236/2007 recuerda que éste es un derecho vinculado a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad por medio del cual se alcanza a proteger "el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática" (FJ 7.º). Se recuerda, del mismo modo que se hiciera en relación con el derecho de reunión, que la Constitución "reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales". Por tal motivo, el legislador no puede configurar libremente el contenido mismo del derecho cuando éste ya ha venido reconocido directamente por la Constitución a los extranjeros. El legislador "se encuentra habilitado *ex*

artículo 13.1 CE para establecer "condicionamientos adicionales" a su ejercicio, pero respetando siempre las prescripciones constitucionales, que limitan su poder de libre configuración de su contenido" (FJ 7.º).

El contenido del derecho de asociación está, pues, ligado a esa dimensión esencial de la persona, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad por "cuanto protege el valor de la sociabilidad" (FJ 17.º). Siendo así, la Constitución y los Tratados internacionales lo proyectan como derecho de dimensión universal, lo que conduce a estimar que no resulta admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de las autorizaciones para permanecer o residir en España. Inconstitucionalidad, pues, del artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2000 en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, artículo primero punto 6, en la medida en que excluye cualquier ejercicio del derecho concernido, vulnerando así lo dispuesto en artículo 22 de la CE en atención al contenido constitucionalmente declarado del mismo, según lo dispuesto en los textos internacionales de referencia. Inconstitucionalidad sin nulidad, por tanto, con la misma argumentación esgrimida en relación con la libertad sindical y el derecho de reunión (FJ 6.º en relación con FJ 17.º).

IV. DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD: CORRECCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) El derecho de huelga de los trabajadores extranjeros en situación irregular

La pretensión de declarar la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, en la versión que de dicho precepto dio la Ley Orgánica 8/2000, fue solicitada por todos los recurrentes, excepto, por el Parlamento de Navarra. Todos los recursos interpuestos sobre este precepto, respectivamente, darán lugar a la STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007, así como a las SSTC 260/261/262/263/264 y 265/2007, todas ellas de 20 de diciembre de 2007. Del conjunto de las siete sentencias es la número 259/2007 la que sienta la originaria jurisprudencia constitucional, reproducida luego en las restantes. Se acompaña de Voto particular (con dos adhesiones) con igual fundamentación respecto de la que dio lugar al Voto particular a la STC 236/2007 en relación con el derecho a sindicarse libremente.

Se impugna el artículo 11. 2 de la Ley Orgánica 4/2000 en su redacción proveniente del punto 9 de la Ley Orgánica 8/2000 en cuanto condiciona el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores extranjeros a la previa autorización para trabajar, la cual, a su vez, viene supeditada a la obtención de autorización de estancia o de residencia en el territorio español. Dicha ordenación legal, según los recurrentes, contraría lo dispuesto en los artículos 28, 10.2 y 13 CE en conexión con lo establecido en el artículo 23 DUDH, artículo 11 del PIDCP y artículo 11 del CEDH, así como en el artículo 8.1 del PIDESC. La Abogacía del Estado se opuso a la estimación del recurso considerando que si los extranjeros no autorizados para estar o residir en España tampoco lo están para trabajar, resulta un contrasentido que careciendo de permiso de trabajo puedan ejercitar la huelga.

II

Los términos en que fue modificada la Ley Orgánica 4/2000 por la Ley Orgánica 8/2000 llevaban a excluir a los extranjeros que de forma irregular prestan sus servicios en España[18], oponiéndose abiertamente a la lectura generosa que del mencionado derecho efectuó la Ley Orgánica 4/2000, la cual obvió, como se recordará, establecer distinciones en la situación jurídico-personal de los trabajadores para considerarlos titulares del derecho a participar en actividades de huelga como medio de presión para la defensa de dignas condiciones de trabajo.

La fundamentación del Tribunal Constitucional vertida en la STC 259/2007 (y confirmada en las posteriores SSTC 260/261/262/263/264 y 265/2008), siguiendo el mismo criterio que ya utilizara en la STC 236/2007, se sostiene sobre dos bases jurídicas específicas: indagación sobre el contenido esencial del derecho de huelga en la Constitución española y recurso al criterio hermenéutico que deriva del artículo 10.2 CE y que exige interpretar éste, el de la huelga, como todos los derechos fundamentales, a la luz de lo dispuesto en los Tratados internacionales sobre la materia. Despejados ambos elementos, el Tribunal entra a valorar si la limitación impuesta por el legislador orgánico resulta o no constitucionalmente válida.

La STC 259/2007 trae a colación la doctrina constitucional más relevante en materia de huelga al pretender determinar el contenido y ámbito subjetivo del mismo y recuerda que en la STC 11/1981 ya se dijo que la huelga "es un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de Derecho". La apreciación de su carácter de derecho fundamental condiciona la configuración legal que de él puede hacer el legislador tanto por lo que se refiere a sus titulares como a su contenido. Por otra parte, la STC 259/2007 entra a puntualizar cuál es la función que cumple la huelga dentro del Estado social, de acuerdo con las pautas de actuación que imponen los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 1.1, 9.2 y 14 CE, así como su efectiva contribución a la consecución de un mayor grado de igualdad social (STC 123/1992, FJ 4.º). Recuerda, igualmente, los límites que presenta el derecho de huelga, como todo derecho, recurriendo a jurisprudencia ya consolidada en tal sentido: la huelga "ha de moverse dentro de un perímetro que marcan, por una parte, su conexión o su oposición respecto de otros derechos con asiento en la Constitución, más o menos intensamente protegidos y, por la otra, los límites cuyo establecimiento se deja a la Ley, siempre que en ningún caso se llegue a menoscabar su contenido esencial" (STC 123/1993, FJ 4.º). Respeto a los demás derechos constitucionales, en ponderación a la mayor o menor intensidad de su grado de tutela correspondiente, y respeto a los límites que puedan venir determinados por ley, sin que pueda quedar

(18) El debate científico había manifestado objeciones a la exclusión de los inmigrantes irregulares del derecho a la huelga en la realización de trabajo asalariado, vid., entre otros, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO B-F : "*El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios",* cit., pp. 68-70. A. BAYLOS GRAU: "Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español", *RDS,* 2006, núm. 34, pp. 11 y ss. Mucho antes, ya se había expresado a la luz de algunos Tratados internacionales ratificados por España, y de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica 7/1985 que el derecho de huelga era atribuible a los trabajadores extranjeros sin causa que justificara eventuales limitaciones en su ejercicio por razón de la nacionalidad, ya que el mandato legislativo ordenaba que tal derecho debería ejercitarse "en las mismas condiciones que los trabajadores españoles", vid. al respecto, M.I. RAMOS QUINTANA: *El trabajo de los extranjeros en España,* Madrid, Tecnos, 1989, pp. 170-172. Y con mayor amplitud, M.ª C. POLO SÁNCHEZ: *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España,* cit., especialmente, pp. 323 y ss.

menoscabado el contenido esencial del derecho de huelga son pues, los dos elementos a valorar por el Tribunal Constitucional.

La STC 259/2007 pone de manifiesto que nuestra Constitución responde a un modelo no laboralizado de huelga y permite a través de su utilización alcanzar una amplia finalidad: "La huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas, o, en general, en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos" (FJ 7.º), lo que equivale a afirmar que es instrumento legítimo de defensa de los intereses de los trabajadores como grupo social en desventaja allí donde aquéllos deban ser atendidos.

En la determinación de cuál es el contenido esencial del derecho de huelga, la STC 259/2007 se apoya en la construcción que sobre este extremo hiciera la STC 11/1981: "Define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli,* aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos" (FJ 11.º). Esta definición sirve, entre otros fines, en relación con el derecho de huelga de los trabajadores extranjeros, al objetivo de centrar la cuestión relativa a quiénes son los titulares de este derecho en la Constitución y cuáles son, asimismo, las facultades que comporta la huelga al conformar la esencialidad de su contenido, invulnerable a toda acción del legislador. La STC 259/2007 pone de manifiesto que "el contenido esencial del derecho de huelga que se deriva de nuestra doctrina (constitucional) ... es... aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de los intereses para cuya consecución el derecho se otorga". En consecuencia, "si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, el mismo puede ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que se extiende la huelga, como contenido esencial del derecho de libertad sindical" (FJ 7.º).

Se establece así la conexión directa entre derecho de huelga y libertad sindical por formar parte aquél del contenido esencial de este último. En esa línea avanza la solución del Tribunal Constitucional en referencia a lo ya establecido en la STC 236/2007 (FJ 9.º), es decir, la irrelevancia de la situación de regularidad o irregularidad de la estancia de los extranjeros para la correcta atribución de derechos fundamentales. Trabajador es "todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona" y por ello "no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros" (STC 259/2007, FJ 7.º). Éste y los demás derechos laborales "no se atribuyen a la persona en razón de su nacionalidad o de la situación administrativa en la que puede encontrarse en un momento determinado, sino sólo por el hecho de ser trabajador" (FJ 7.º).

En correspondencia con ello, la total exclusión del derecho de huelga para aquellos trabajadores extranjeros que prestan sus servicios careciendo de autorización administrativa mal se compadece con el derecho proclamado en el artículo 28.2 de la Constitución, entendido con el alcance que al mismo dan los instrumentos internacionales suscritos por España. La STC 259/2007 se refiere expresamente al artículo 8.1 PIDESC, "en cuya virtud los Estados signatarios... han de garantizar el ejercicio del derecho de huelga, de forma que la regulación que se establezca deberá

tener por objeto el ejercicio del derecho y no impedirlo a los trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales" (FJ 7.º). El derecho de huelga atribuido a los trabajadores extranjeros, entre otros fines, podría contribuir a permitirles articular la consecución de la plena regularidad de su situación administrativa, por lo que "la norma aquí controvertida no garantiza la debida protección de los intereses que, a través del reconocimiento constitucional del derecho de huelga, se tratan de satisfacer" (FJ 7.º).

Tratándose de un derecho fundamental, dotado de un contenido esencial en el que la condición personal del trabajador es irrelevante para su ejercicio, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción ofrecida al mismo por el artículo primero, apartado 9 de la Ley Orgánica 8/2000, es declarado inconstitucional, declaración que lleva aparejada la nulidad del inciso "cuando estén autorizados a trabajar" por estimarse contrario al artículo 28.2 CE.

B) Derecho a la educación no obligatoria

El artículo 9.3 LO 4/2000, en la redacción ofrecida al mismo por el artículo primero, punto 7 de la Ley Orgánica 8/2000, dispone "Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan al caso, y al sistema público de becas y ayudas".

La negación de toda posibilidad de acceso de menores de 18 años a la educación no obligatoria cuando carezcan de autorización de residencia constituye el núcleo de la sospecha de inconstitucionalidad que motiva, sin perjuicio de igual coincidencia argumentativa en los recursos posteriores, el promovido por el Parlamento de Navarra. Existe una correlación de elementos que son considerados coincidentemente por los recurrentes en relación con el libre desarrollo de la personalidad como derecho de toda persona y el derecho a la educación sin limitación a la etapa obligatoria.

Bajo estos términos, la negación del derecho a la educación más allá de lo que constituye el núcleo de la educación obligatoria se estima desconocedor de lo dispuesto en el artículo 27.1 CE en relación con lo establecido en el artículo 39.4 del propio texto constitucional[19], debiendo responder a otros criterios, como el mérito y la capacidad, pero no a diferencias por razón de la nacionalidad y a la circunstancia específica de estar o no en una situación de residencia legal en España. La rigidez de la ordenación orgánica trató de dulcificarse, como es sabido, por medio de la disposición adicional decimocuarta del RD 2393/2004, de 30 de diciembre[20], facultando a

(19) Vid. esta posición crítica en J. ASENSI SABATER (dir.): "Comentarios a la Ley de Extranjería; reformada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre", *EDIJUS*, Fundación Alternativas, Zaragoza, 2001, p. 97.

(20) 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 de 7 de enero de 2005), al que se han añadido dos nuevas disposiciones adicionales, la decimonovena y vigésima, por medio del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo

las administraciones educativas a facilitar el acceso de los extranjeros menores de edad que se hayan empadronado en un municipio a los niveles de enseñanza post-obligatoria no universitaria y a la obtención de la titulación académica correspondiente en igualdad de condiciones que los españoles de su edad.

La indagación del contenido esencial del derecho a la educación a partir de lo dispuesto en el artículo 27 CE exige efectuar una serie de consideraciones previas acerca del derecho a la educación básica y la obligatoria y sus diferencias con la educación secundaria post-obligatoria, núcleo de la inaccesible "cuota" de derecho a la educación para extranjeros menores de 18 años sin autorización de residencia en España objeto de recurso en sede constitucional. Se procede al examen del contenido del derecho a la educación en su faceta prestacional concluyendo que la similitud significativa entre el artículo 27 CE y los artículos 26 DUDH en concordancia con lo señalado en el artículo 18.4 PIDCP y el 13 del PIDESC, así como el artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se deduce una "inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos". A mayor abundamiento, con base en jurisprudencia precedente del propio Tribunal Constitucional –señaladamente, la STC 86/1985–, se afirma que la dimensión prestacional del derecho a la educación, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho, y tomando en consideración algunos pronunciamientos vertidos por el TEDH, como el recogido en el Caso *Kjeldsen,* de 7 de abril de 1976, se puede observar que el mencionado artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH reconoce un derecho fundamental de "todos" a la educación, derecho que habrá de ser garantizado por los poderes públicos a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante.

La anterior indagación por los textos y la jurisprudencia internacionales permite alcanzar la conclusión conducente al Tribunal Constitucional a afirmar que el derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 CE corresponde a "todos", independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. En este último caso, aclara la STC 236/2007, "pueden ser expulsados siguiendo los procedimientos legalmente establecidos, pero mientras se encuentren en territorio español no pueden ser privados de este derecho por el legislador" (FJ 8.º).

D) Asistencia jurídica gratuita

Con anterioridad, el Tribunal Constitucional se había pronunciado sobre esta cuestión estableciendo la "conexión instrumental" entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 95/2003). Los extranjeros son titulares, por tanto, del derecho a

sobre el Espacio Económico Europeo (BOE de 28 de febrero), disposición final tercera. Vid. con carácter general, AAVV: *Comentarios al Reglamento de Extranjería* [M.I. RAMOS QUINTANA (dir.)], Valladolid, Ed. Lex Nova, 2007.

la tutela judicial efectiva: al formar parte el derecho a la asistencia jurídica gratuita del contenido esencial de aquél no cabe la menor duda de que éste también resulta extensible a los extranjeros, a todos aquellos que se encuentran en el territorio español con independencia de su situación administrativa[21]. La más reciente jurisprudencia constitucional ha venido a confirmar los criterios de constitucionalidad ya expresados trasladando para la ventilación del Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra lo decidido en la sentencia anteriormente referida: la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva se extiende a todas las personas, por tanto, alcanza también a los extranjeros, con independencia de cuál sea su situación jurídica (STC 99/1985); en segundo lugar, se confirma que el derecho de asistencia jurídica gratuita –formando parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva– corresponde constitucionalmente a los extranjeros que reúnan las condiciones de ejercicio establecidas por el legislador, sin que pueda prevalecer diferencia alguna con respecto a los españoles por la exclusiva razón de su nacionalidad.

Aquella sentencia y, de nuevo, la STC 236/2007 (FJ 13.º) puntualizan el alcance del derecho en cuestión, que, lejos de contraerse a contenciosos específicos, como pudieran ser los relativos a aquellos recursos pertinentes para oponerse a una medida de expulsión, admite que los extranjeros "podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación" (STC 95/2003, FJ 8.º). En consecuencia, el precepto establecido en el artículo 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción proveniente del punto 16, artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, que establece que "Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan" recibe la declaración de inconstitucionalidad al haber incurrido el legislador en reiteración de actuación normativa ya corregida en el pasado por el Tribunal Constitucional[22].

V. DECLARACIONES DE CONSTITUCIONALIDAD: EN TORNO AL DERECHO A LA LIBERTAD, AL CONTROL JUDICIAL SOBRE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS Y LA EFICACIA DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

A) Derecho a la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar

Los extremos relativos a la vida familiar y los derechos constitucionales a ella afectados motivan la impugnación, inicialmente, por el Parlamento de Navarra, seguida de otras en igual sentido,

(21) Vid. al respecto, con esa opinión, y analizando la jurisprudencia constitucional anteriormente establecida en relación con el derecho a la asistencia jurídica gratuita, A. CEINOS SUÁREZ: *El trabajo de los extranjeros en España,* Ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 468 a 479.

(22) La propia Ley Orgánica 14/2003 tampoco enmendó la plana: tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional por medio de la STC 95/2003 olvidó introducir el derecho a la asistencia jurídica gratuita como derecho de todos los extranjeros, vid., con esta crítica, M.ª D. VALDUEZA BLANCO: "Repercusión de la reforma de los derechos socio-laborales de los extranjeros", *TL,* núm. 73, 2004, p. 117.

de los puntos 12 y 13 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, que dan nueva redacción a los artículos 16.2 y 17.2 de la Ley Orgánica 4/2000. La remisión en ambos preceptos a desarrollo reglamentario se estima que conculca la reserva de ley orgánica impuesta constitucionalmente en esta materia por el artículo 81.1 CE o, de forma alternativa, el artículo 53.1 del mismo texto constitucional, por afectar al contenido y límites del derecho a la intimidad establecido en el artículo 18.1 CE y por incumplir las exigencias constitucionales de tales remisiones. La Abogacía del Estado, por el contrario, estima que la reagrupación familiar no exige rango de Ley orgánica en su desarrollo al no formar parte del derecho a la intimidad familiar, siendo, por el contrario, mera modalidad de protección jurídica de la familia derivada de lo dispuesto en el artículo 39.1 CE; de otra parte, la invocación a la norma reglamentaria –continúa argumentando la Abogacía– no alcanzaría al desarrollo del derecho sino a las condiciones accesorias para su ejercicio.

La primera cuestión de fondo que resuelve la STC 236/2007 es la atinente a si los preceptos recurridos versan sobre el derecho a la intimidad familiar en la medida en que los mismos, en tal caso, sólo serían inconstitucionales si realizaran una efectiva remisión en blanco a disposición reglamentaria para desarrollar las condiciones de ejercicio del derecho fundamental referido. La contestación del Tribunal Constitucional, resumidamente, se centra en la afirmación según la cual el "derecho a la reagrupación familiar... no forma parte del contenido del derecho consagrado en el artículo 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal" (FJ 11.º). A tal conclusión se llega recogiendo consideraciones provenientes de jurisprudencia anterior establecida por el propio órgano constitucional[23]: "el derecho reconocido en el artículo 18.1 CE atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida" (FJ 11.º), acotando así el contenido del derecho a la intimidad familiar.

Después de efectuar un recorrido por los textos internacionales más relevantes en relación con la tutela del "derecho a la vida familiar", en particular, atendiendo a criterios aplicativos efectuados por el TEDH y tomando en consideración la labor armonizadora llevada a cabo en este punto en el contexto del Derecho comunitario (Directiva 2004/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003[24]) se concluye que en nuestra Constitución no se reconoce un "derecho a la vida familiar" ni mucho menos un eventual derecho a la reagrupación, entendida ésta en los términos a que se alude en los artículos 16, 17 y 18 de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000: ninguno de estos derechos forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad familiar.

En consecuencia, ni se ha atacado el deber constitucional de reserva de Ley orgánica (que derivaría del derecho proclamado en artículo 18.1 CE), ni del deber de reserva de ley para los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II CE (artículo 53.1); por consiguiente, las remisiones reglamentarias contenidas en los preceptos recurridos no infringen aquellas disposiciones constitucionales.

(23) Por todas, véanse, SSTC 231/1988, 197/1991, 134/1999 y 115/2000.

(24) *DOUE* de 3 de octubre de 2003.

B) Falta de motivación en la denegación de visados

Impugna el Parlamento de Navarra el punto 14 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, por el que se da nueva redacción al inciso final del apartado 2 del artículo 20 de la LO 4/2000. Se regula el deber de motivar la denegación de visado cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena (artículo 27.5, párrafo primero) o cuando la denegación se deba a que el solicitante está incluido en la lista de personas no admisibles previstas en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. Pretende combatirse en sede constitucional que los preceptos afectados puedan permitir la no motivación de la denegación de visado en los restantes casos (a salvo de los supuestos señalados), lo cual se considera contrario a los artículos 24.1 en relación con el artículo 9.3 y 106.1 CE: la no motivación de una decisión administrativa, alega la parte recurrente, dificulta seriamente e, incluso, impide su control jurisdiccional, quedando afectado el derecho a la defensa y alentando la arbitrariedad de la actuación de la Administración. El Abogado del Estado, por el contrario, entiende que el precepto en cuestión no impone la no motivación sino que trata de asegurarla en los dos supuestos expresamente contemplados, al tiempo que recuerda la inexistencia de un derecho de los extranjeros a la obtención de visado por lo que su denegación no entra en el campo de la arbitrariedad; la concesión o denegación del visado, por el contrario, es un instrumento de política migratoria que cada Estado gobierna bajo sus intereses y con base en compromisos internacionales contraídos.

El reproche de inconstitucionalidad queda, por tanto, centrado en la falta de exigencia de motivación de las decisiones administrativas de denegación de la solicitud de visado, considerada como contraria al artículo 24.1 CE en relación con la prohibición de arbitrariedad establecida en el artículo 9.3 y principios de actuación administrativa (artículo 106 CE). La STC 236/2007 comienza por recordar (FJ 12.º) cómo ha quedado establecido de manera indubitada que el derecho a la tutela judicial constituye uno de los derechos fundamentales pertenecientes a toda persona, en tanto imprescindible para la garantía de la dignidad humana (conforme ya advirtió la STC 107/84), recordando que esa es la lectura que impone el precepto constitucional de referencia de acuerdo con la interpretación dada al mismo por el artículo 10 DUDH, artículo 6.1 CEDH y el 14.1 del PIDCP y, por consiguiente, es un derecho constitucionalmente atribuido a los extranjeros (en este sentido, STC 99/1985). Pero dicho lo anterior, tal derecho exige siempre "... que las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas en Derecho, sin incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente", como quedó expresado en la STC 5/2002. Tratándose en el supuesto recurrido de la falta de motivación de una resolución administrativa –que no judicial–, la STC 236/2007 se ve obligada a recordar que frente a la regla general según la cual el deber de motivación de las resoluciones administrativas es un mandato que deriva de la legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales, "tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional", en alusión a actos administrativos que puedan limitar o restringir el ejercicio de derechos fundamentales (SSTC 36/1982, 66/1995, 128/1997) o constituyan imposición de sanciones (STC 7/1998).

Con tal cuerpo argumentativo, la STC 236/2007 rechaza que éste sea un supuesto de restricción de un derecho debido a que la obtención de visado no constituye derecho fundamental del

que sean titulares los extranjeros, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 19 CE (como ya se advirtiera en la STC 7/1988): la inexistencia de deber de motivación de actos administrativos denegatorios de visado "no debe reputarse contraria al artículo 24.1 CE puesto que se trata de actos que no imponen sanción alguna ni limitan el ejercicio de ningún derecho fundamental" (FJ 12.º). Tampoco resulta contrario a la prohibición de interdicción de la arbitrariedad o al control jurisdiccional de los actos administrativos (artículos 9.3 y 106 CE). Únicamente sobrevendría la inconstitucionalidad pretendida si la norma impugnada hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos, impedimento que –según el parecer del Tribunal Constitucional– no existe, dado que la Ley enjuiciada somete a control de los tribunales tal actividad administrativa, "con lo cual la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales" (STC 236/2007, FJ 12.º). Por todo ello, procede a la declaración de constitucionalidad de ambos preceptos de la Ley impugnados[25].

C) La expulsión de extranjeros condenados: afectación del principio *non bis in idem*

Son objeto de impugnación, inicialmente por el Parlamento de Navarra, los apartados 2 y 8 del artículo 57 Ley de la Orgánica 4/2000, en redacción aportada por el punto 50 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, si bien, toda la fundamentación jurídica se remite exclusivamente al apartado 2, cuyo texto señala: "Asimismo constituirá causa de expulsión, previa 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". Al margen de una invocación –considerada "improcedente" (STC 236/2007, FJ 14.º)– respecto de la posible vulneración de los principios de reeducación y reinserción social (artículo 25.2 CE), "porque el mandato contenido en el artículo 25.2 CE se refiere a penas privativas de libertad y medidas a ella asimiladas por la ley" (STC 19/1988, FJ 9.º), "entre las que no estaría en ningún caso la expulsión del extranjero" (STC 236/2007, FJ 14.º), la denuncia de presunta inconstitucionalidad queda centrada respecto a la supuesta contravención del principio *ne bis in idem*.

La jurisprudencia constitucional asentada había consolidado en torno a este principio, convertido en verdadero derecho fundamental de los ciudadanos (STC 154/1990), que el mismo representa una manifestación del principio de legalidad en materia sancionadora, evitando "que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento" (STC 2/1981, FJ 4.º). El debate de la cuestión queda centrado en la STC 236/2007 en torno a la verificación de una eventual fundamentación jurídica de naturaleza diferente para la sanción penal y la administrativa, lo que justificaría la coexistencia

(25) Recuérdese cómo el Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial advirtió, entre otros extremos, que varios elementos de la reforma operada mediante la Ley Orgánica 8/2000 introducían serias amenazas de las garantías jurídicas de la posición de los extranjeros en el ordenamiento español, entre ellos figuraba la ausencia de motivación en la denegación de visados, vid. M.I. RAMOS QUINTANA: "El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica", cit., p. 498.

de ambas medidas sancionadoras. A ello dedica varios pasajes la sentencia expresando que no hay vulneración material o sustantiva del principio cuestionado (tal y como quedó señalado en la STC 154/1990) en la medida en que "las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes" (STC 236/2007, FJ 14.º). Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario que la normativa que la impone pueda justificarla al contemplar los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente relevante diferente en la fundamentación cada sanción, trayendo a colación en este punto afirmaciones provenientes de la STC 188/2005.

La ordenación comunitaria en materia de expulsión de extranjeros y posible coexistencia común de medidas sancionadoras de carácter penal también es traída a colación para justificar que algunas Directivas comunitarias (entre ellas, la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003[26] y la 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001[27]) admiten la convivencia de ambos instrumentos, aceptando la expulsión basada en una amenaza grave para el orden o la seguridad pública que puede llegar a adoptarse por condena a causa de una infracción sancionable con pena privativa de libertad. En igual sentido, si bien con carácter menos exhaustivo, se recuerda cierta jurisprudencia creada al respecto por el TEDH.

Todo ello conduce a rechazar la supuesta inconstitucionaldiad del artículo 57.2 LOE 4/2000 declarando que no existe infracción del principio *non bis in idem*. La condena y la expulsión sirven a intereses distintos o bienes jurídicos completamente diversos: "la pena se impone dentro del marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería" (STC 236/2007, FJ 14.º).

Resulta difícil verificar esta radical separación que efectúa el Tribunal Constitucional para encontrar un fundamento jurídico diverso entre la comisión de conducta dolosa que constituya delito en nuestro país sancionado con pena privativa de libertad superior a un año y la expulsión "a causa de" aquella conducta, que es el supuesto tipificado en el artículo 57.2 LOE exactamente, alejado de otro completamente distinto, como el que recoge el artículo 57.8 (acoge una situación y conductas completamente distintas, considerando la expulsión "una vez cumplida la pena privativa de libertad"). Ambas medidas sancionadoras –la pena y la expulsión– responden a fines y principios instalados en parcelas jurídicas diferentes que tutelan intereses jurídicos diversos, pero no es menos cierto que el ordenamiento de extranjería ha erigido en causa autónoma de expulsión el hecho exclusivo de haber incurrido en la conducta dolosa objeto de punición específica en el ámbito penal. Sobre esta duda se pronuncia el propio Tribunal Constitucional declarando que es "... lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad" (STC 236/2007, FJ 14.º).

(26) Relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, *DOUE* de 23 de enero de 2004

(27) Relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, *DOUE* de 2 de junio de 2001.

D) Medidas limitativas de la libertad en supuestos de retorno

La impugnación del artículo 60.1 de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción ofrecida al mismo por el punto 53 del artículo primero LO 8/2000, da lugar a la declaración de constitucionalidad de dicho precepto estimando el Tribunal Constitucional que de dicho precepto se desprende la posibilidad de una interpretación ajustada a la Constitución.

El precepto en cuestión señala:"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. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno". El Parlamento de Navarra presenta la impugnación del mismo sobre la base de supuesta contradicción con lo dispuesto en los artículos 17.1 y 2 CE, invocando la interpretación que ya hiciera el Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/1987, dado que no garantiza que más allá de setenta y dos horas corresponda al órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de la libertad, pues de su redacción parece inferirse que el Juez no tendrá más posibilidad que decidir el internamiento.

La Abogacía del Estado se apoya en la misma sentencia citada para precisar, por el contrario, que el precepto de referencia viene a establecer que sea precisamente la autoridad judicial la que decida sobre la situación personal del extranjero obligado a retornar. La dicción literal del precepto que parece reducir la actuación judicial a la mera decisión de cuál deba ser el lugar "donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno", sin embargo, es rechazada en la sentencia como dicción limitativa de la actividad judicial. Señala la STC 236/2007 que "resulta incontestable que el precepto recurrido admite otra interpretación acorde con la Constitución" (FJ 15.º) y opta por no declarar derogado el precepto impugnado, puesto que sólo cabe declarar la derogación de los preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución "resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación" (STC 93/1984, FJ 1.º).

Al igual que se expresó en las STC 115/1987 y posteriormente en la 303/2005, el Tribunal Constitucional declara que "la voluntad de la ley, y desde luego el mandato de la Constitución, es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda al órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de la libertad" a fin de que "determine el lugar donde hayan de ser internados hasta el momento del retorno" (que es la expresión legal combatida). Tal expresión utilizada por el legislador "debe ser entendida como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero pendiente del trámite de expulsión [*sic*] más allá del plazo de setenta y dos horas, siendo el órgano judicial el que habrá de adoptar libremente esa decisión" (STC 236/2007, FJ 16.º).

La sentencia debería haber manifestado su carácter interpretativo con fuerza vinculante, pese a que ésa no es verdaderamente su pretensión. Ese efecto "naturalmente" interpretativo que cabe deducir de la última afirmación transcrita de la STC 236/2007 no resulta fácilmente deducible y por tanto aplicable: la expresión utilizada por el artículo 60.1 LOE no se caracteriza por contener una expresión oscura o confusa, presta a diversas interpretaciones posibles. Por

el contrario, la literalidad del precepto indica abiertamente que la autoridad gubernativa se dirigirá al Juez de instrucción "para que determine el lugar donde hayan de ser internados", de modo que si de la interpretación que efectúa la sentencia ha de deducirse obligadamente que la actuación del Juez no estará condicionada por esa petición, sino que puede decidir, incluso, dejar en libertad al extranjero pendiente de la ejecución del retorno, es una conclusión que debería haber gozado del carácter de interpretación obligada, dejando así salvaguardo el ajuste del precepto controvertido a la Constitución.

En consecuencia, no puede compartirse la decisión de no declarar la inconstitucionalidad del precepto por vulneración del artículo 17.1 y 2 CE: la limitación de la libertad de las personas es potestad exclusiva de la función jurisdiccional y un extremo tan elemental como ése en un Estado de derecho debe cuidarse con sumo esmero en el ámbito del Derecho sancionador. La literalidad y la vocación del precepto apuntan claramente en otro sentido: la autoridad gubernativa decide el internamiento y el Juez el lugar en que aquél debe proseguir. La matización interpretativa hecha en la STC 236/2007 es claramente insuficiente y muestra cierta pereza en la remoción de las dificultades de ajuste constitucional que la disposición normativa plantea. La aplicación de este régimen a la figura del retorno, aun con la sentencia del Tribunal Constitucional, continuará generando múltiples problemas de indefensión.

E) Ejecución inmediata de las resoluciones administrativas de expulsión y procedimiento preferente

El artículo 63 de la Ley Orgánica 4/2000, precepto incorporado por el punto 56 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, introdujo en nuestro país un nuevo procedimiento urgente de expulsión de extranjeros del territorio nacional, denominado "procedimiento preferente". Se ha previsto para la tramitación de expedientes en determinados supuestos contemplados en el apartado 1 del precepto citado, en concreto, de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como de las letras a), d) y f) del artículo 53. Dicho procedimiento fue recibido[28] y continúa siendo objeto de críticas debido a que puede crear situaciones de verdadera indefensión desde la perspectiva de la privación de libertad del extranjero así como de su control judicial[29]. Se somete a consideración del Tribunal Constitucional un eventual desajuste con la Constitución del contenido del precepto incorporado en el apartado 2 del artículo 63 LOE: "Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios

(28) Vid. M.I. RAMOS QUINTANA: "El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica", cit., pp. 507 y ss.

(29) N. PÉREZ SOLÀ: "La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería: comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000", *RDME,* 2008, núm. 17, p. 53.

económicos". Recuérdese el efecto inherente adherido al procedimiento preferente de expulsión: "La ejecución de la orden de expulsión... se efectuará de forma inmediata" (artículo 63.4).

El Parlamento de Navarra estima que tal precepto es inconstitucional debido a que el plazo de cuarenta y ocho horas no es respetuoso del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en relación con lo dispuesto en el artículo 6 CEDH y jurisprudencia creada al efecto por el TEDH, ya que impide al extranjero disponer de condiciones temporales adecuadas para formular alegaciones en su defensa. La Abogacía del Estado, por su parte, razona que el corto plazo se justifica por tratarse de expulsiones que responden a causas muy sencillas en su apreciación o de especial gravedad, pero contempla trámites suficientes y un derecho a resolución motivada.

Queda circunscrita la duda de constitucionalidad a la verificación de si el corto plazo previsto para alegaciones produce o no indefensión en la persona del extranjero. El Tribunal Constitucional llegará a una rápida conclusión en sentido negativo, puntualizando que no se impugnan las causas, sino únicamente el plazo de alegaciones: reproduce la STC 236/2007 los razonamientos de la Abogacía del Estado y transcribe todas y cada una de las causas de expulsión, cuyo examen "justifica las celeridad del proceso", ratificando su especial gravedad y fácil apreciación –entre las cuales se encuentra la establecida en el artículo 53.a): "encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido o tener caducadas las pertinentes autorizaciones, sin haber solicitado la renovación". Tales causas, calificadas como infracciones graves (las del artículo 53) o muy graves (las del 54), para las que se establecen las sanciones tipificadas en el artículo 55 LOE o en su lugar la expulsión del territorio español previa tramitación del correspondiente expediente administrativo (artículo 57) pueden abocar, como ya se ha dicho, al procedimiento preferente de expulsión. No entra a valorar la STC el corto período de alegaciones que, a mayor abundamiento, se vincula con la ejecución inmediata de la expulsión. Señala la STC 236/2007 que la pretendida indefensión no es tal, pues la brevedad de plazos no implica vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si con ello se tiende a hacer efectivo el principio de celeridad en el proceso: "es constitucionalmente inobjetable que el legislador prevea tal reducción en los plazos cuando dicha decisión responde a una finalidad razonable y necesaria, acorde con los principios que han de regir el procedimiento correspondiente" (FJ 16.º, reproduciendo jurisprudencia anterior[30]).

Por esta vía pueden consolidarse verdaderos supuestos de absoluta indefensión, especialmente ante órdenes inmediatas de expulsión para quienes tienen hijos, familia, e incluso, trabajo (irregular) en España. Si creamos un sistema en el cual el acceso al trabajo de forma irregular no puede impunemente dar lugar a beneficios obtenidos de la explotación y contratación irregular de trabajadores inmigrantes (si carecen de autorización de trabajo, difícilmente podrán disponer de autorización para residir, excepto supuestos muy específicos) cómo puede explicarse y justificarse este grado de celeridad para presentar alegaciones en favor del afectado (plazo en el cual no queda garantizada la asistencia jurídica gratuita si el interesado carece de medios económicos, ya que este derecho queda reservado a aquellos supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva, artículo 63.2, párrafo final). Si alguien que carece de autorización para

(30) SSTC 14/1992, 335/1994, 85/2003.

residir, pero se encuentra trabajando, es "incorporado" al "sistema" (*sic*) mediante la protección de derechos derivados de la relación de trabajo –no permanece completamente excluido–[31] ¿cómo se cohonesta una medida de esas características con esta otra que proporciona frente a la irregularidad de la residencia una orden de expulsión para su ejecución en cuarenta y ocho horas, avalada por una actuación administrativa (aun motivada) sin control judicial alguno previo a la ejecución de la medida sancionadora? La STC 236/2007 estima, por el contrario, que el control judicial queda garantizado, invocando para ello el mandato establecido en el artículo 65 LOE, el cual dispone que "las resoluciones administrativas sancionadoras serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes", pero sin duda es un control *a posteriori*, ejecutada ya la orden de expulsión, lo cual sitúa al expulsado en una posición jurídica de extrema debilidad para hacer efectivo su derecho a la defensa. Son las dificultades de la garantía de la tutela judicial efectiva las que debió atender el Tribunal Constitucional y no tanto la mera cuestión formal de la validez y justificación de la brevedad de plazos en el procedimiento administrativo y su encaje constitucional.

F) Ejecución de la expulsión

El recurso 1644-2001 interpuesto por el Parlamento Vasco impugna el artículo primero punto 50 de la Ley Orgánica 8/2000, por el que se da nueva redacción al artículo 57.1, 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica 4/2000 (antes artículo 53), en redacción anterior a la nueva modificación del artículo 57.7 LOE proveniente de la Ley Orgánica 11/2003, artículo 2.2, y que –obviamente– no es objeto de consideración por el Tribunal Constitucional.

Las dudas de constitucionalidad pesan sobre las circunstancias y condiciones de ejecución de la orden de expulsión, en particular y de forma relevante, sobre la posibilidad de sustituir la sanción de multa por la expulsión en los supuestos a que se refiere el artículo 57.1 LOE: "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 de esta Ley Orgánica". Considera la parte recurrente que esta ordenación jurídica resulta contraria a los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE), al principio de proporcionalidad en materia sancionadora, así como al principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 CE. La Abogacía del Estado rechaza todo el planteamiento.

El Tribunal Constitucional ya había inadmitido a trámite por Auto 409/2007, de 6 de noviembre, la cuestión de inconstitucionalidad relativa al artículo 57.1 LOE con argumentos que son reproducidos en la STC 260/2007: el precepto citado no define conductas, sino que establece sanciones para las conductas tipificadas en el artículo 53 LOE. La posibilidad de aplicar sanción de multa o en su lugar la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo sancionador, no constituye incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 25.1 CE en relación con la exigencia de predeterminación normativa de las con-

(31) Por todos, vid. J.F. LOUSADA AROCHENA y J. CABEZA PEREIRO: "Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares", *AS,* 2004, núm. 7-8, p. 56.

ductas ilícitas y de las correspondientes sanciones, pues basta a tal finalidad "la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) las conductas infractoras y conocer de antemano a qué atenerse en cuanto ala aneja responsabilidad y a la eventual sanción de que pueda hacerse merecedor el infractor", (FJ 4.º), reproduciendo textualmente lo ya manifestado en las SSTC 219/1989, 61/1990 y 133/1999.

Con fundamento en jurisprudencia consolidada, la STC 260/2007 terminará por concluir que "la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada... por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave y... por unos criterios establecidos..." bien en la misma LOE o en la Ley 30/1992. Para el Tribunal Constitucional la Ley establece unos "presupuestos objetivos y subjetivos", así como unos "criterios de aplicación" que condicionan la actuación de la Administración para decidir "cuándo procede la imposición de la sanción de expulsión" y al propio tiempo "permiten el control jurisdiccional de sus decisiones" (FJ 4.º). En conclusión, se desestima el recurso en relación con lo dispuesto en el artículo 57.1 LOE y, en cuanto vinculada a lo anterior, también la concerniente a los apartados 5, 6 y 7 del mismo artículo.

Difícilmente puede compartirse la fundamentación jurídica utilizada por el Tribunal Constitucional, debido a que se ciñe al análisis formal de la cuestión planteada, es decir, de cuáles son las circunstancias de especial gravedad que justifican, ante la comisión –no ya de una infracción muy grave– sino de una infracción grave [de las tipificadas en el artículo 53.a), b), c), d) y f) LOE, tal y como precisa el artículo 57.1 de la misma], que la autoridad administrativa imponga la orden de expulsión del territorio nacional en detrimento de otra sanción de naturaleza distinta como es la imposición de multa. No alcanza a entenderse cuáles son los "presupuestos subjetivos" que el TC entiende establecidos por la Ley, ni cuáles "los criterios" para aplicarlos, condicionantes de una u otra opción: ¿el tiempo de duración de la estancia irregular?, ¿el tiempo que haya transcurrido desde la caducidad de la autorización sin solicitar la renovación?, ¿la denuncia del trabajador frente al empresario que le ha contratado sin autorización para ello?, ¿cómo controlar una eventual actuación arbitraria consistente en optar por la expulsión cuando se trate de extranjeros de determinadas nacionales u origen racial? Es fácil comprender que el alcance y las consecuencias derivadas de la expulsión o de la imposición de multa son completamente diferentes en relación con la posición de defensa del interesado; obsérvese, sin más añadidos, la prohibición de entrada por un período que oscila entre tres y diez años como efecto de la expulsión (artículo 58.1 LOE). El "sistema" deja abierta una puerta a actuaciones administrativas de dudosa adecuación a los principios constitucionales y se apoya en un deficitario control jurisdiccional de tales actuaciones.

G) Medidas cautelares y centros de internamiento

En la STC 260/2007 se abordan estas otras dos cuestiones planteadas por el Parlamento Vasco por su dudosa adecuación a la Constitución. Es objeto de impugnación la medida cautelar prevista en el artículo 61.b) de la Ley Orgánica 4/2000 introducida por el apartado 54 del artículo

primero de la Ley Orgánica 8/2000: en aquellos procedimientos sancionadores en los que sea posible proponer la expulsión del extranjero cabe adoptar la medida cautelar consistente en la residencia obligatoria en un determinado lugar; tal medida, a juicio de la recurrente, constituye una limitación de la libertad personal del individuo contraria a lo establecido en el artículo 17 CE, siendo, además, opuesta a lo estipulado en el artículo 5.1.f) CEDH. La Abogacía del Estado centra la cobertura constitucional de esta medida en la limitación a la libertad de circulación y no de la libertad personal considerándola proporcionada al fin que con la expulsión pretende conseguirse.

La STC 260/2007 coincide con la fundamentación aportada en segundo lugar, residenciando la justificación de la medida cautelar en el artículo 19 CE y, por tanto, en el derecho a circular libremente por el territorio español. Esta libertad, que permanece alejada de toda consideración como derecho inherente a la dignidad humana, así configurada, permite afirmar que los extranjeros sólo disponen de ella cuando la ley o los tratados internacionales así lo otorgan; admite, por tanto, modulaciones en su ejercicio de modo que es legítimo que la ley pueda introducir tratamientos distintos para los no nacionales (STC 107/1984[32]). En consonancia con lo anterior, la libertad de circulación referida podrá quedar restringida a los extranjeros que se hallen o no legalmente en España. La medida cautelar se acuerda legítimamente en un procedimiento sancionador y está dirigida a "asegurar la eficacia de la resolución administrativa que sobre el fondo del asunto se adopte en supuestos de realización de conductas tipificadas como infracciones graves... o algunas graves" (STC 260/2007, FJ 4.º), lo que no excluye la indispensable sujeción de la medida a los supuestos legales y a la razonabilidad de la misma en función de las circunstancias, por lo que se constata su perfecta adecuación a la Constitución.

El ingreso en los centros de internamiento y, en particular, el plazo de duración máxima permitido por el artículo 62.2 LOE en redacción procedente del artículo primero, apartado 55 de la Ley Orgánica 8/2000 (que renumeró y dio nueva redacción al original artículo 58 de la Ley Orgánica 4/2000) es igualmente objeto de impugnación por el Parlamento Vasco dando lugar a una declaración de constitucionalidad vertida en el FJ 6.º de la STC 260/2007. Dicho precepto señala: "El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado".

Este plazo máximo de cuarenta días resulta excesivo a la parte recurrente e implica una privación de libertad representando un sacrificio desmesurado que resulta contrario a lo establecido en el artículo 17 CE y al artículo 5.1.f) CEDH[33]. La Abogacía del Estado señala el carácter limitativo

(32) Aunque también apuntan en ese mismo sentido las SSTC 94/1993, 116/1993, 24/2000 y 169/2001.

(33) Obsérvese el amplio margen de retención (hasta 18 meses) que establece la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio [COM (2005) 0391], artículos 15.5 y 6.

de la medida y su imposición por intervención judicial, que puede acortar el plazo de duración. La STC 260/2007 se apoya en la anterior sobre este mismo asunto, la STC 115/1987 (esta última vino a salvar la constitucionalidad del entonces artículo 26 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, que permitía el internamiento cuando éste era "interesado" del juez por la autoridad gubernativa, estimándose por el Tribunal constitucional que la expresión "interesar" equivalía a "solicitar") por lo que viene a concluir que el precepto objeto de impugnación es respetuoso de los artículos 17.2 y 25.3 CE, al no ser una decisión administrativa, sino judicial. Se trae a colación, asimismo, la STC 303/2005 en la cual se estimó que las garantías derivadas del régimen de control judicial de la medida cautelar de internamiento "equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del *habeas corpus*" (STC 260/2007, FJ 6.º).

En suma, se declara que el precepto en cuestión no es inconstitucional, en la medida en que, atendidas las circunstancias concurrentes, el hecho de que el extranjero carezca de domicilio o de documentación, o bien la existencia de sanciones administrativas previas u otros procesos penales o administrativos sancionadores pendientes, el juez podrá acortar el período de duración previsto a la vista de las circunstancias que se den en cada caso.

Un paquete de sentencias del Tribunal Constitucional que arroja un resultado desigual en la labor de corrección y adecuación de las innovaciones introducidas en la Ley de Extranjería por la Ley Orgánica 8/2000. Si en materia de condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros es posible encontrar una labor jurídica de fundamentación teórica y creación de nuevos criterios que dotan al marco de ordenación de un mayor grado de seguridad y certeza jurídicas, no puede decirse lo mismo respecto del ámbito sancionador en materia de extranjería, donde la posición del Tribunal evidencia un menor avance en la tutela de situaciones jurídicas expuestas a importantes grados de indefensión.

III

La aplicación directa de la Directiva 2003/109/CE a los nacionales de terceros Estados que acrediten ser titulares del Estatuto de los residentes de larga duración en otros Estados miembros de la Unión Europea

Sara Iglesias Sánchez

Becaria del programa FPU del Ministerio de Educación y Ciencia. Departamento de Derecho Internacional Público y Privado, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid (sarigles@der.ucm.es)

RESUMEN

LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA DIRECTIVA 2003/109/CE A LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS QUE ACREDITEN SER TITULARES DEL ESTATUTO DE LOS RESIDENTES DE LARGA DURACIÓN EN OTROS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Tras la expiración del período de transposición de la Directiva 2003/109/CE y una primera condena del TJCE, y ante la dificultad de la reforma de la ley de extranjería, la Instrucción DGI/SGRJ/04/2008 hace explícita la posibilidad de aplicar directamente la norma comunitaria a los residentes de larga duración provenientes de otros Estados miembros de la UE. No obstante, los criterios adoptados para hacer efectivos los derechos de estas personas, consistentes en la mera remisión a los procedimientos iniciales de admisión, con algunas modificaciones, se tornan en ocasiones problemáticos en relación con su compatibilidad con los estándares comunitarios.

ABSTRACT

THE DIRECT APPLICABILITY OF DIRECTIVE 2003/109/EC TO THIRD COUNTRY NATIONALS WHO ARE LONG-TERM RESIDENTS IN OTHER MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION

Once the transposition deadline of Directive 2003/109/EC has expired, after having been condemned by the ECJ, and taking into account the difficulty to carry out the reform of the Spanish

foreigners law, the Instruction DGI/SGRJ/04/2008 makes explicit the possibility to directly apply the directive to those long-term residents coming from other Member States. Nonetheless, the criteria adopted to make effective the subjective rights of these persons, consisting on the mere reference to the pre-existing procedures for first admissions –with some modifications–, are to be deemed problematic with regard to their compatibility with European Community law.

SUMARIO

I. Introducción.

II. No transposición de Directivas comunitarias, efecto directo, aplicación e interpretación conforme.

III. El método para la aplicación directa: el acceso de los residentes de larga duración de otros Estados miembros a los procedimientos de solicitud de autorizaciones de residencia temporal. A) Residencia para la realización de estudios o formación profesional, u otros fines, sin realización de actividades laborales. B) Residencia y trabajo. C) Reagrupación familiar. D) Punto de contacto.

IV. Conclusión: ¿Libre circulación o mera exención de visado?

I. INTRODUCCIÓN

El plazo de transposición de la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, finalizó hace ya más de dos años, el 26 de enero de 2006. Numerosos Estados miembros se han retrasado en la incorporación de esta norma a su derecho nacional, habiéndose iniciado, como consecuencia, numerosos procedimientos de incumplimiento por la Comisión[1]. Algunos de estos procedimientos han sido concluidos por medio de sentencias del TJCE, en las cuales se declara el incumplimien-

(1) Los recursos interpuestos por la Comisión contra Italia (Asunto C-104/07), Hungría (Asunto C-30/07) y Francia (Asunto C-37/07) han sido retirados tras el desistimiento de la Comisión. Véanse, respectivamente, los autos del TJCE de 25 de junio de 2007, de 27 de noviembre de 2007 y de 12 de septiembre de 2007.

to de diversos Estados miembros, entre ellos, España[2]. Si bien el resto de los 22 Estados miembros vinculados por la Directiva comunitaria han emprendido ya su transposición[3], España, junto a Luxemburgo, constituyen a día de hoy, los únicos Estados que no cuentan con normas específicas que transpongan esta importante norma comunitaria, destinada a otorgar derechos de igualdad de trato, protección contra la expulsión y movilidad intracomunitaria a los nacionales de terceros Estados que residan en los Estados miembros con carácter duradero[4].

Ahora bien, lo antedicho no debe llevarnos al equívoco de juzgar la legislación española como desfavorable o más restrictiva que las regulaciones en el resto de Estados miembros de la Unión, en relación con la existencia de un estatuto de residencia cualificado para aquellas personas que residen con carácter duradero. En efecto, la figura de la residencia permanente existente en nuestro ordenamiento jurídico[5], recoge muchos de los elementos más destacables de la Directiva comunitaria, tanto respecto a la protección contra la expulsión[6], como respecto a los derechos vinculados al principio de igualdad de trato con los propios nacionales[7], y al acceso al

(2) Sentencias del TJCE de 27 de septiembre de 2007, Asunto C-5/07, Comisión contra Portugal, (Rec. 2007, p. I-120*, Pub. somm.); de 29 de noviembre de 2007, Asunto C-34/07, Comisión contra Luxemburgo (aún no publicada en la Recopilación); de 15 de noviembre de 2007, Asunto C-59/07, Comisión contra España (aún no publicada en la recopilación).

(3) Un listado de las medidas nacionales de aplicación se encuentra disponible en Eurlex: *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72003L0109:ES:NOT#FIELD_EE.*

(4) Sobre la Directiva 2003/109/CE, sus novedades, contenido y críticas, véase: S. BOELAERT-SOUMINEN: "Non-EU nationals and Council Directive 2003-109-EC on the status of third-country nationals who are long-term residents: Five paces forward and possibly three paces back", in: *Common Market Law Review*; vol. 42 (2005), afl. 4, pp. 1011-1052; E.CRESPO NAVARRO: "La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8, núm. 18, mayo-agosto 2004; K. GROENENDIJK: "The Long-Term Residents Directive, Denizenship and Integration" en E. GUILD; H. TONER: *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 429-450; K. HAILBRONNER: "Langfristig **aufenthaltsberechtigte** Drittstaatsangehörige", *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, vol. 24, núm. 5-6, pp. 163-168, 2004; L. HALLESKOV: "The Long- Term Residents Directive: a Fulfilment of the Tampere Objective of Near-Equality?", *EJML*, núm. 7, pp. 181-201, 2005; A. OLESTI RAYO: " El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva del Consejo 2003/109, de 25 de noviembre de 2003, *Revista General de Derecho Europeo IUSTEL, http://www.iustel.com/revistas/default.asp,* núm. 4, mayo, 2004; A. SKORDAS: "Immigration and the Market: the Long-term Residents Directive", *Columbia Journal of European Law*, vol. 13, pp. 201-229.

(5) Artículo 32 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. 10 de 12 de enero de 2000, p. 1139) modificado por la LO 8/2000 (BOE núm. 307 de 23 de diciembre de 2000, p. 45508). Artículos 71 a 74 y 76 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 7/2000, 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, p. 485).

(6) Véase el artículo 76 del Reglamento de extranjería.

(7) Los derechos a la libre circulación por el territorio español, las libertades de reunión, manifestación y asociación, sindicación y huelga, el derecho a la educación, a la seguridad social, asistencia sanitaria, protección social, y a las ayudas en materia de vivienda se encuentran recogidos en los artículo 5 a 15 de la LO 4/2000, y se corresponden con el contenido fundamental del artículo 11 de la Directiva 2003/109/CE. Sobre los derechos a la seguridad social y a la asistencia social aplicables también subsidiariamente a los ciudadanos de la Unión, puede verse I.A. RODRÍGUEZ CARDO: "Ciudadanos comunitarios y Ley de Extranjería: supuestos de aplicación residual en materia de Seguridad Social", *Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales*, 2006, núm. 64, pp. 101-108. Estos derechos se reconocen con respecto a todos los extranjeros, y no únicamente con respecto a los residentes permanentes.

mercado de trabajo[8]. Ello ha llevado al gobierno español, en procedimiento de incumplimiento suscitado ante el Tribunal de Justicia, a basar su defensa en la equivalencia del existente estatuto de residencia permanente con el estatuto de residencia de larga duración, alegando la transposición parcial de la Directiva[9]. Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia no acogió este argumento, no lo es menos que no lo hizo sino por carecer de los elementos necesarios para proceder al análisis de la figura existente en la legislación española[10], y para poder valorar la equivalencia de las condiciones para el acceso a ambos estatutos y de los derechos otorgados por los mismos.

El análisis exhaustivo de las posibles fricciones entre la existente figura jurídica de la residencia permanente y el contenido material y condiciones de acceso al estatuto de residencia de larga duración, ya abordado por la doctrina[11], no constituye el objeto del presente trabajo. Nos dedicamos aquí únicamente al examen de uno de los derechos otorgados por la Directiva, que no se encuentra en modo alguno recogido en el preexistente estatuto de residencia permanente y que constituye la novedad más prevalente de la norma comunitaria. En efecto, la posibilidad de residir en otros Estados miembros distintos de aquel que otorgó el permiso de residencia de larga duración supone un elemento innovador en relación con los estatutos existentes en casi todos los derechos nacionales de residencia de larga duración, o residencia permanente. A diferencia de los derechos de igualdad de trato, protección contra la expulsión, acceso al mercado de trabajo, que ya venían siendo regulados por la legislación interna de los Estados miembros, el derecho a la residencia en otros Estados miembros es un derecho únicamente susceptible de ser otorgado a nivel comunitario, ya que ningún Estado dispone por sí solo de la competencia de otorgar a sus actos administrativos valor en otros Estados miembros[12].

Evidentemente, a falta de una norma de transposición específica en nuestro país, el derecho a la residencia en otros Estados miembros supone el elemento más afectado de la Directiva. Ante la condena del TJCE y ante la dificultad de proceder a la modificación de la ley de extranjería, la Dirección General de Inmigración ha emitido una instrucción "sobre la aplicación directa de la Directiva 2003/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, a los nacionales de terceros países que acrediten ser titulares del estatuto de residente de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea"[13].

(8) El apartado 1 del artículo 32 de la LO 4/2000 define la residencia permanente como "la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles".

(9) Véanse los apartados 9 y 10 de la Sentencia del TJCE en el asunto C-59/07 Comisión contra España, op. cit.

(10) Véanse los apartados 14 y 15, ibíd.

(11) A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: "Directiva 2003/109/CE *versus* legislación española actual: ¿la transposición exige la modificación de la LO 4/2000?", *Revista de derecho migratorio y de extranjería*, 2007, núm. 15, pp. 9-42, pp. 23 y ss. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: "La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración", *Serie: Migraciones,* núm. 8, Fundació CIDOB, Barcelona, 2006. *http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos_cidob/migraciones/la_transposicion_de_directivas_de_la_ue_sobre_inmigracion.*

(12) J. BAST: "Transnationale Verwaltung des Europäischen Migrationsraums", *Der Staat*, 46(2007), 1, pp. 1-32.

(13) Instrucción DGI/SGRJ/04/2008, de 10 de abril de 2008.

Las particularidades del derecho a la residencia en otros Estados miembros son múltiples, ya que, a pesar de haber sido diseñado tomando como marco de referencia el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión[14], el procedimiento de decisión en el seno del Consejo ha modulado su contenido de tal forma que el resultado final constituye un complejo régimen jurídico a medio camino entre las lógicas de la extranjería y de la libre circulación. Ante las especificidades del derecho según aparece regulado en la directiva, y ante el particular proceder de la administración española, se hace necesario poner aquí de relieve algunas cuestiones.

II. NO TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS COMUNITARIAS, EFECTO DIRECTO, APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN CONFORME

La instrucción señalada de ningún modo cumple con la obligación de España de transponer a su ordenamiento jurídico la Directiva comunitaria. En efecto, es jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia que la transposición no puede llevarse a cabo mediante simples circulares internas o instrucciones administrativas[15]. Incluso el hecho de que una práctica administrativa sea conforme con una directiva, no elimina la obligación de los Estados miembros de establecer un marco legal adecuado, que asegure el disfrute de los derechos otorgados por el derecho comunitario a los individuos[16]. La dificultad parlamentaria de adoptar una legislación adecuada en este sentido, no constituye una excusa válida para justificar la no transposición de una directiva[17]. Por lo tanto, si bien la instrucción ha de ser bienvenida, ya que supone una indudable mejora en el sentido del otorgamiento de derechos a los particulares, no ha de considerarse con ella cumplido el deber de transposición. La instrucción en ningún momento pone en duda este hecho, ya que su propia razón de ser es subsanar la situación disconforme con el derecho comunitario "hasta el momento en que las Cortes Generales dispongan de la transposición de aquellos elementos aún pendientes de incorporar al ordenamiento jurídico español".

(14) Véase la Propuesta de la Comisión, COM (2001) 127 final, de 13 de marzo de 2001, *DOCE* C 240 de 28 de agosto de 2001, p. 79.

(15) Así, el TJCE ha reiterado en su jurisprudencia que –no puede considerarse que las meras prácticas administrativas, modificables por naturaleza a voluntad de la administración y desprovistas de adecuada publicidad, constituyan un válido cumplimiento de la obligación que, en virtud del artículo 189 del Tratado CEE, incumbe a los Estados miembros, destinatarios de las directivas–. STJCE de 3 de marzo de 1988, *Comisión contra Italia,* Asunto 116/86, Rec. p. 01323, apartado 15. Véase, asimismo: STJCE de 15 de octubre de 1986, *Comisión contra Italia,* asunto 168/85, rec. 1986, p. 2945. STJCE de 13 de octubre de 1987, *Comisión contra Países Bajos,* asunto 236/85, rec. p. 03989. STJCE de 2 de diciembre de 1986, *Comisión contra Bélgica,* asunto 239/85, rec. p. 03645. STJCE de 28 de noviembre de 2002, *Comisión contra Francia,* asunto C-259/01, rec. p. I-11093.

(16) STJCE de 1 de octubre de 1991, *Comisión contra Francia,* asunto C-13/90, rec. p. I-04327; STJCE de 28 de febrero de 1991. *Comisión contra Alemania,* asunto C-131/88, rec. p. I-00825; STJC de 2 de agosto de 1993, *Comisión contra Italia,* asunto C-366/89, *rec. p. I-04201.*

(17) Véase, por ejemplo, la STJCE de 2 de diciembre de 1980, *Comisión contra Italia,* asunto 42/80, rec. p. 03635; STJCE de 22 de febrero de 1979, *Comisión contra Italia,* asunto 163/78, rec. p. 00771; STJCE de 12 de febrero de 1987, *Comisión contra Bélgica,* asunto 390/85, rec. p. 00761.

Adicionalmente, la instrucción señalada, únicamente se refiere a una de las constelaciones jurídicas con respecto a las cuales se derivan de derechos de residencia en otros Estados miembros otorgados por la Directiva comunitaria. Es decir, la instrucción únicamente aborda la posibilidad de que los residentes de larga duración procedentes de otros Estados miembros puedan disfrutar en España de los derechos que les son otorgados por la Directiva, pero no da solución alguna a la situación de las personas que, cumpliendo los requisitos para acceder a la residencia de larga duración en España (fueran o no ya residentes permanentes), deseen desplazarse a otros Estados miembros para ejercer en ellos los derechos que la Directiva les otorgaría en caso de haber sido correctamente transpuesta al ordenamiento jurídico español.

De esta forma, la solución por la que opta la Instrucción de la Dirección General de Inmigración se distancia de la solución transitoria adoptada en Alemania durante el período anterior a la transposición de las Directivas comunitarias a través de la modificación de la ley de extranjería[18], ya que en dicho Estado miembro, las circulares internas del Ministerio del Interior dirigidas a las autoridades competentes de los Estados federados procedían no únicamente a regular el cauce de admisión de residentes de larga duración procedentes de terceros Estados, sino también a ordenar el otorgamiento de permisos de residencia con la mención "Residentes de larga duración CE" a las personas que cumplieran determinados requisitos, posibilitando que ejercieran sus derechos de residencia en otros Estados miembros[19].

A este respecto, podemos considerar que el órgano directivo español no ha optado por la solución alemana, debido a la complejidad de circunscribir el grupo de beneficiarios del nuevo estatuto de residencia de larga duración, ya que la Directiva deja un amplísimo margen de discrecionalidad a los Estados miembros, lo cual ha de ser objeto de una opción legislativa de envergadura[20]. No hay que olvidar que el ejecutivo alemán contó en su momento con un proyecto de ley que ya se encontraba en tramitación en su parlamento, en el cual pudo inspirarse para redactar los escritos relativos a la aplicación directa de la Directiva, situación que no se da en el caso español. En efecto, no parece posible ni aconsejable la opción de otorgar automáticamente el estatuto de residencia de larga duración a todas aquellas personas que disfruten en la actualidad del permiso de residencia permanente regulado por la ley española, debido a que el ámbito de aplicación de esta figura es considerablemente más amplio que el previsto por la norma comunitaria[21]. Si bien la directiva deja a salvo la posibilidad de que los Estados miembros conserven sus preexistentes estatutos de residencia cualificada, o incluso, que otorguen el estatuto de residencia de larga duración en condiciones más beneficiosas que las estipuladas por la Directiva, excluye que estos permisos de residencia nacionales u otorgados en condiciones

(18) Esta modificación ya se ha producido a través de la "Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union", vom 19. August 2007. *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2007 Teil I Nr. 42, 27.* "Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet", *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2004, Teil I, 1950.*

(19) Escritos del Ministerio del Interior Alemán de 23 de enero de 2006 y de 26 de febrero de 2007, (Az: M I 3– 937 115-34/0) relativos a la aplicación directa de la Directiva 2003/109/CE.

(20) Véase el artículo 3 de la Directiva sobre el estatuto de residentes de larga duración.

(21) Véase el apartado 3 del artículo 72 del Reglamento de extranjería.

más laxas otorguen derechos a la residencia en otros Estados miembros. Esto es debido a los importantes efectos que el otorgamiento del estatuto de residencia de larga duración en un Estado miembro lleva aparejado en otros Estados miembros, ya que dicho permiso de residencia ostenta algunos elementos que hacen que despliegue valor de acto administrativo de carácter transnacional[22].

Por otra parte, la instrucción se inserta en una ya antigua polémica doctrinal relativa a dos cuestiones relacionadas con los particulares efectos que despliegan las directivas cuando, tras expirar el plazo previsto por las mismas a tal efecto, no han sido correctamente transpuestas al ordenamiento jurídico nacional, o no lo han sido en absoluto. En efecto, si bien el título de la instrucción se refiere a la aplicación directa, su contenido se refiere indudablemente a la doctrina del efecto directo.

Así, la mencionada instrucción recuerda que, hasta que

> "el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido el efecto directo vertical de las Directivas comunitarias, y más concretamente, la posibilidad de que los derechos contemplados en las mismas puedan invocarse directamente por los particulares frente a los poderes públicos, siempre que los preceptos que los contienen satisfagan los requisitos generales de la doctrina del efecto directo de las normas comunitarias, entre los que se encuentran que el precepto que pretenda invocarse sea lo suficientemente claro, preciso e incondicional".

En primer lugar, la instrucción toma como equivalentes los conceptos de "efecto directo" y "aplicabilidad directa". No es aquí el lugar correcto para reavivar el debate doctrinal entre aquellos autores que propugnan la identidad o la diferenciación radical[23], o únicamente residente en pequeños matices, de tales nociones jurídicas, que, al fin y al cabo, han sido utilizadas intercambiablemente en el derecho comunitario, y no han sido objeto de una clarificación contundente por parte del Tribunal de Justicia. Bien cierto es que, la noción de "efecto directo" ha sido identificada tradicionalmente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como la invocabilidad de un precepto concreto frente a los órganos jurisdiccionales. Esta casi exclusiva referencia al poder judicial como garante de la aplicación de las normas comunitarias dotadas de efecto directo, nos lleva a la segunda de las polémicas doctrinales que ya vienen de lejos, a saber, la determinación de las autoridades nacionales encargadas de aplicar las directivas comunitarias que, pese a su no incorporación al derecho nacional, son lo suficientemente precisas e incondicionales como para desplegar efecto directo.

En efecto, la aplicación directa de las directivas no transpuestas al ordenamiento jurídico nacional es generalmente realizada por los órganos jurisdiccionales. Buenos ejemplos de ello, los ofrece, sin ir más lejos, la norma objeto ahora de comentario. Diversas disposiciones de la Directiva 2003/109/CE han sido alegadas ante órganos jurisdiccionales nacionales, que han re-

(22) BAST, J.: Op. Cit.

(23) Sobre la diferenciación entre las nociones de efecto directo y la aplicación directa véase: A. PRECHAL: *Directives in EC law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 261 y la doctrina allí citada.

suelto las pretensiones en juego a través de su aplicación directa al caso concreto[24]. Asimismo, las disposiciones de la Directiva mencionada han sido tomadas en cuenta por los órganos jurisdiccionales pertinentes para resolver el caso concreto, haciendo uso de su obligación de interpretación conforme[25]. No obstante, a pesar de que el desarrollo jurisprudencial y doctrinal más relevante se ha producido en relación a la cuestión del efecto directo e interpretación conforme de las directivas comunitarias no transpuestas por parte de los órganos jurisdiccionales, los sujetos de esta obligación no son únicamente los órganos jurisdiccionales, sino todos los poderes públicos. Aunque existe menos jurisprudencia al respecto, esta obligación ha sido también reconocida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas[26].

En este punto es necesario plantearse si las disposiciones de la Directiva que proceden a ser aplicadas directamente por mandato de la Instrucción DGI/SGRJ/4/2008, están dotadas de efecto directo, es decir si cumplen los requisitos enunciados por el Tribunal de Justicia de ser lo suficientemente precisas e incondicionales[27].

Las disposiciones de cuya aplicación directa se trata, están constituidas por los artículos 14 a 19, que componen el capítulo III de la Directiva, dedicado a la regulación de las condiciones en las cuales los residentes de larga duración pueden residir en otros Estados miembros diferentes de aquel que les otorgó dicho estatuto. Dichas disposiciones, a diferencia del derecho comunitario originario y derivado relativo a la libre circulación de personas, no otorgan un derecho automático a la libre circulación y residencia a todo residente de larga duración por el mero hecho de ostentar dicho estatuto en un primer Estado miembro, sino que someten el nacimiento de dicho derecho a múltiples condiciones. En ese sentido, el propio efecto directo del derecho a la residencia parece excluido, ya que las disposiciones de la Directiva dejan amplias facultades a los Estados miembros de aplicar volúmenes de admisión[28], de estudiar la situación de su mercado de trabajo[29], y de continuar aplicando criterios ligados a la preferencia comunitaria[30]. Estas excepciones y exclusiones, si bien proscriben la aplicabilidad directa de un derecho a la residencia cuyo nacimiento únicamente se produce no sólo a través del cumplimiento de las condiciones, sino a través del control administrativo de las mismas, no excluyen el efecto directo de las disposiciones que otorgan un derecho a los residentes de larga duración a iniciar el procedimiento de solicitud conducente a la obtención de un derecho de residencia en un segundo Estado miembro.

(24) Véanse, por ejemplo, la Sentencia 117/07 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 3, de Santander, de 26 de abril de 2007, y la Sentencia 669/07 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 13 de noviembre de 2007.

(25) Véase la Sentencia 761/07 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 11 de diciembre de 2007.

(26) Sobre esta cuestión puede verse: G. ALBERTON: "L'applicabilité des normes communautaires en droit interne. Les autorités administratives françaises: obligations de feire et de ne pas faire", *Revue française de droit administratif*, núm. 2002, pp. 1-19.

(27) Por ejemplo, apartado 25 de la STJCE en el asunto 8/81, *Becker,* rec. 1982, p. 53.

(28) Apartado 4 del artículo 14 de la Directiva 2003/109/CE.

(29) Primer párrafo del apartado 3 de la Directiva 2003/109/CE.

(30) Segundo párrafo del apartado 3 de la Directiva 2003/109/CE.

III

Con anterioridad a la emisión de la instrucción, las oficinas de extranjeros se negaban a la aplicación directa de esta directiva[31], ello no es hasta cierto punto, reprobable, dado que el efecto directo de las disposiciones comunitarias no altera la autonomía institucional de los Estados miembros, de manera que las autoridades obligadas por el efecto directo son las que disponen de competencia para ello según el ordenamiento jurídico nacional, en virtud del principio de autonomía institucional de los Estados miembros[32]. Así pues, la Dirección General de Inmigración ha basado su actuación en el Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, cuyo artículo 6.1.b) le encomienda como función "la elaboración de instrucciones en materia de inmigración dirigidas a los órganos periféricos de la Administración General del Estado". Adicionalmente, entre las funciones de dicho centro directivo se encuentra "el apoyo técnico-jurídico necesario para la elaboración, aprobación, transposición y aplicación de directivas y otros instrumentos jurídicos comunitarios o internacionales en las áreas de su competencia".

Así pues, la instrucción procede a aplicar este derecho otorgado directamente por el artículo 15.1 de la Directiva comunitaria, consistente en la facultad de iniciar el procedimiento encaminado a la obtención de un permiso de residencia en el territorio de un segundo Estado miembro. No se trata, por lo tanto, de un caso de interpretación conforme del derecho nacional existente, sino de un caso de aplicación directa por la administración de una norma comunitaria no transpuesta al derecho nacional. A través de la instrucción de la Dirección General de Inmigración, se obliga a las autoridades administrativas que conozcan de los casos concretos a actuar conforme a la Directiva comunitaria, aplicándola directamente, y dejando inaplicadas las disposiciones nacionales contrarias a la misma. Las disposiciones nacionales que se dejan inaplicadas con respecto a los residentes de larga duración provenientes de otros Estados miembros, en virtud de la aplicación directa de la Directiva comunitaria, son las disposiciones de la Ley y del Reglamento de extranjería que establecen la exigencia de visado como presupuesto necesario para acceder a la situación de residencia temporal, a la situación de residencia temporal y trabajo, y a la situación de estancia para la realización de estudios[33]. Esto se traduce en la introducción de un nuevo cauce jurídico para acceder a la residencia temporal en nuestro país, sin necesidad de que los interesados se vean sometidos a un procedimiento de admisión previo a la entrada en territorio español a través de la tramitación del correspondiente visado. Dicha posibilidad era, con anterioridad, únicamente reconocida en los casos denominados de "residencia por circunstancias temporales", y con anterioridad, por la figura de la "exención de visado".

(31) Véase, sobre este particular: *http://www.redacoge.org/fijos/documentos/Transposicion.pdf.*

(32) S. PRECHAL: *Directives in EC law,* op. cit., pp. 69 y ss.

(33) Así lo indica la exposición de motivos del Reglamento de extranjería, que indica que: "en la arquitectura del sistema migratorio actual, la admisión de nuevos inmigrantes en nuestro país está fundamentalmente basada en la necesidad de cobertura de puestos de trabajo y, salvo en los supuestos previstos por circunstancias excepcionales y por el paso desde una situación de residencia o de estancia por investigación o estudios a una autorización de residencia y trabajo, los inmigrantes que quieran desarrollar una actividad laboral deberán venir en origen con un visado que les habilite para trabajar o para buscar un empleo".

III. EL MÉTODO PARA LA APLICACIÓN DIRECTA: EL ACCESO DE LOS RESIDENTES DE LARGA DURACIÓN DE OTROS ESTADOS MIEMBROS A LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLICITUD DE AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA TEMPORAL

El método utilizado para proceder a la aplicación directa de las disposiciones de la Directiva relativas a la movilidad intracomunitaria ha consistido en hacer posible que los residentes de larga duración provenientes de otros Estados miembros accediesen a los procedimientos de solicitud de permisos de residencia temporales, ya existentes en la legislación nacional. Este método ha sido, efectivamente, el empleado por las normas de transposición nacionales de otros Estados miembros.

En efecto, y como ya hemos señalado, la Directiva 2003/109/CE no otorga directamente a los residentes de larga duración un derecho a la residencia en otros Estados miembros, sino que establece los cauces jurídicos para que éstos puedan solicitar una autorización de residencia en ellos, dejando a salvo la facultad de los Estados miembros de controlar el cumplimiento de las condiciones necesarias para el nacimiento de un derecho a la residencia, a diferencia de lo que acontece en relación con los ciudadanos comunitarios. Así, el artículo 15 de la directiva hace necesario que los residentes de larga duración provenientes de otros Estados miembros presenten una solicitud, como tarde, a los tres meses de su llegada a un segundo Estado miembro, y aporten pruebas del cumplimiento de los requisitos correspondientes al propósito de su residencia. A estos respectos, la directiva establece una diferenciación entre las motivaciones de la residencia relativas al ejercicio de actividades económicas, a la realización de estudios y formación profesional, u otros fines, diferenciación que tiene importantes efectos en relación a los requisitos para la obtención de un derecho a la residencia en otros Estados miembros[34]. Esto hace posible que los Estados miembros hayan reconducido la transposición de estas disposiciones a la remisión a sus procedimientos preexistentes relativos a la admisión de nacionales de terceros Estados con el propósito de realizar estudios, actividades económicas, u otros fines. No obstante, los regímenes nacionales únicamente serán conformes con la directiva en tanto en cuanto no establezcan requisitos más estrictos para el acceso a los tipos de residencia temporal señalados.

A estos efectos, la Instrucción de la Dirección General de Inmigración establece tres regímenes que diferencian los cauces legales relativos a los residentes de larga duración provenientes de otros Estados miembros que soliciten residir en España sin realizar una actividad económica, o para la realización de estudios o formación profesional; a los residentes de larga duración que deseen ejercer actividades económicas por cuenta ajena o por cuenta propia, y a los familiares de los residentes de larga duración que los acompañen o residan con ellos. Por último, la instrucción da cumplimiento a la obligación de establecer un punto de contacto para el intercambio de información, prevista por la directiva.

(34) Véase el apartado 2 del artículo 14 de la Directiva, en relación con el apartado tercero de su artículo 15.

III

A) Residencia para la realización de estudios o formación profesional, u otros fines, sin realización de actividades laborales

El primero de los apartados de la Instrucción se refiere a los residentes de larga duración provenientes de otros Estados miembros que deseen residir en España con el propósito de realizar estudios o formación profesional, o deseen residir sin realizar actividad económica alguna. A estas personas se les concederá una autorización inicial de residencia temporal sin necesidad de estar provistos de visado, siempre que cumplan las condiciones establecidas en los artículos 35 a 37 del Reglamento de la LO 3/2000. A este respecto, tenemos que entender la remisión hecha a los requisitos establecidos por el apartado segundo del artículo 35 que, si bien están establecidos en relación al trámite de expedición de visado, constituyen las condiciones materiales para la obtención de la autorización de residencia temporal, tal y como quedan establecidas en el apartado 2 del artículo 31 de la Ley orgánica de extranjería:

> "La situación de residencia temporal se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 36 de esta Ley, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar. Reglamentariamente se establecerán los criterios a los efectos de determinar la suficiencia de los medios de vida a que se refiere el presente apartado".

Los requisitos reglamentariamente establecidos a este respecto son los siguientes:

a) Pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de un año.

b) Certificado de antecedentes penales, o documento equivalente, en el caso de solicitante mayor de edad penal, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español.

c) Certificado médico, para acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional.

d) Los documentos que acrediten medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que se desee residir en España, sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral.

El requisito relativo a la disposición de un pasaporte en vigor o un título de viaje no plantea problemas, ya que también se encuentra previsto en la directiva comunitaria[35]. No obstante, el resto de requisitos previstos en el ordenamiento español presentan problemas al ser aplicados

(35) Apartado 4 del artículo 15 de la Directiva 2003/109/CE.

sin modificación alguna al régimen de movilidad intracomunitaria prevista por la Directiva 2003/109/CE.

El requisito relativo a los recursos suficientes, tal y como aparece establecido en la directiva, señala que los interesados deberán disponer de "recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir a la asistencia social del Estado miembro de que se trate". Para ello, se "evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y pensiones mínimas". No obstante, la directiva no contempla la mención incluida en la disposición española "sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral". Ello presenta una importante fricción con la directiva comunitaria, que, si bien faculta a los Estados miembros para, de conformidad con su derecho nacional, establecer las condiciones en las que estos residentes de larga duración puedan tener acceso a una actividad como trabajador, no establecen la posibilidad de limitar este derecho totalmente[36]. Por ello, consideramos que los criterios de apreciación de los recursos suficientes con respecto a los residentes de larga duración provenientes de otros Estados miembros deberían ser adoptados por la práctica nacional. Por otra parte, es de señalar que la Instrucción no hace mención específica a la aplicación de los requisitos establecidos por el artículo 86 relativos a la autorización de estancia para la realización de estudios, por lo que no resulta claro si la administración está solicitando en la actualidad el requisito de estar admitido o matriculado en un centro de enseñanza superior, para lo cual estaría, en todo caso, facultada por la Directiva[37].

Asimismo, se presentan determinados problemas en relación con la posibilidad de exigir un certificado médico, previsto por la regulación española. Cierto es que la Directiva permite denegar la residencia en un segundo Estado miembro por razones de salud pública[38]. La directiva faculta también a los Estados miembros para solicitar un examen médico, aunque señala que dichos exámenes no tendrán carácter sistemático[39]. La aplicación de esta disposición en relación con la obligación sistemática prevista por la legislación española de aportar un certificado médico, es de dudosa compatibilidad. En efecto, hay que tener en cuenta que las personas en cuestión son nacionales de terceros Estados que poseen un permiso de residencia de larga dura-

(36) Véase el apartado 2 del artículo 21. A este respecto, hay que señalar que la Directiva 2004/114/CE, relativa a la admisión de estudiantes, alumnos, voluntarios y aprendices no remunerados, establece, tras un período de espera de un año, el derecho de los estudiantes a acceder al mercado laboral, si bien con limitaciones. Esta directiva establece también derechos de movilidad intracomunitaria, y los derechos relativos al ejercicio de actividades económicas han de considerarse aplicables también con respecto a un segundo Estado miembro. Nuestro ordenamiento jurídico prevé el acceso de estudiantes a las actividades económicas en el artículo 90 del reglamento de extranjería.

(37) Artículo 15.4.b). Este requisito está también incluido en la letra b) del artículo 86 del Reglamento de extranjería.

(38) El artículo 18 de la directiva establece que: "1. Los Estados miembros podrán denegar la residencia del residente de larga duración, o de los miembros de su familia, cuando el interesado representare una amenaza para la salud pública. 2. Las únicas enfermedades que podrán justificar la denegación de entrada o del derecho de residencia en el territorio del segundo Estado miembro son las enfermedades definidas por los instrumentos pertinentes aplicables de la Organización Mundial de la Salud, así como cualesquiera otras enfermedades infecciosas o parasitarias de carácter contagioso que sean objeto de disposiciones previstas en el país de acogida con respecto de los nacionales. Los Estados miembros no establecerán nuevas disposiciones y prácticas más restrictivas".

(39) Apartado cuarto del artículo 18.

ción en otro Estado miembro de la Unión, por lo cual, la aplicación de los mismos criterios que a aquellos nacionales extracomunitarios que proceden directamente de terceros Estados ha de considerarse, también aquí, problemática.

El requisito más controvertido a este respecto viene constituido por la obligación de aportar un certificado de antecedentes penales expedido por el Estado de origen o de residencia durante los últimos 5 años. En este caso, el certificado de antecedentes penales debería ser expedido por el estado miembro en el cual el interesado es titular del estatuto de residencia de larga duración, ya que, para la obtención de dicho estatuto, debe haber residido en dicho Estado un mínimo de 5 años. La Directiva comunitaria contempla las razones de orden público y seguridad pública como motivos válidos para denegar la residencia en un segundo Estado miembro. No obstante, el artículo 17 de la directiva impide que la mera existencia de antecedentes penales sea suficiente para la denegación del permiso de residencia en un segundo Estado miembro. En efecto, "para adoptar la correspondiente resolución, el Estado miembro considerará la gravedad o el tipo de infracción contra el orden público o la seguridad pública cometida por el residente de larga duración o los miembros de su familia, o el peligro que implique la persona en cuestión"[40].

B) Residencia y trabajo

El segundo de los apartados de la Instrucción se refiere a la situación de los residentes de larga duración procedentes de otros Estados miembros que deseen ejercer en España actividades económicas por cuenta propia o por cuenta ajena. De nuevo, salvo el trámite de la solicitud de visado, los residentes de larga duración serán sometidos al cumplimiento de todos los requisitos exigidos a aquellas personas que procedan directamente de un tercer Estado miembro.

En relación a las actividades económicas por cuenta ajena, la Instrucción remite a los artículos 49 a 54 del Reglamento de extranjería, y explicita la necesidad de tener en cuenta la situación nacional de empleo. Así, será aplicable la letra a) del artículo 50 del Reglamento de extranjería que remite a la inclusión de un determinado empleo en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, o a la certificación del servicio público de empleo que exprese la insuficiencia de demandantes de empleo en relación con la ocupación que pretende ser desempeñada por la persona en cuestión. Si bien fue uno de los aspectos más debatidos durante el procedimiento de negociación de la norma comunitaria, la posibilidad de supeditar la concesión de un permiso de residencia a consideraciones ligadas con el mercado laboral está expresamente facultada por la Directiva en el apartado 3 de su artículo 14, que dispone que "en los casos de actividad económica como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia (...) los Estados miembros podrán estudiar la situación de su mercado de trabajo y aplicar sus procedimientos nacionales relativos, respectivamente, a cubrir una vacante o al ejercicio de las actividades mencionadas". Incluso la Directiva va mas allá, permitiendo la persistencia de los preexistentes regímenes de cuotas[41], y la aplicación de la preferencia comunitaria, o incluso de la preferencia de aquellos

(40) Segundo párrafo del apartado primero del artículo 17 de la Directiva 2003/109/CE.

(41) Apartado 4 del artículo 14 de la Directiva.

nacionales de terceros Estados ya presentes en territorio nacional, beneficiarios de prestaciones de desempleo[42].

Por lo demás, la Directiva establece como únicos requisitos la disposición de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad[43], y que la persona en cuestión no suponga una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la salud pública, consideraciones con respecto a las que nos remitimos a lo señalado en el apartado anterior. Asimismo, podrán solicitarse "pruebas de que se tiene un contrato de trabajo, o una declaración en la que el empleador certifique que ha sido contratado, o una propuesta de contrato de trabajo, *con arreglo a las condiciones que se establezcan en la legislación nacional*", pudiendo elegir los Estados entre las posibilidades mencionadas[44]. La referencia a la legislación nacional hace posible el mantenimiento de determinadas condiciones establecidas por la legislación española, referentes a la posesión de los títulos necesarios, y a la adecuación del contrato de trabajo a los estándares laborales, y a la inscripción en la seguridad social[45]. El resto de condiciones establecidas en los artículos 51 a 57 no aplicables en relación a los residentes de larga duración procedentes de otros Estados miembros con objeto de realización de actividades económicas, ya que no encuentran acogida alguna en la Directiva comunitaria. Por otra parte, es dudosa la aplicabilidad de la limitación geográfica y sectorial prevista por el apartado primero del artículo 49.1, ya que, si bien la directiva se remite a la legislación nacional en relación con las condiciones del contrato de trabajo, su artículo 21 establece que el residente de larga duración gozará de igualdad de trato en las materias enumeradas en el artículo 11, entre las que se encuentra el acceso al mercado laboral. No obstante, el propio artículo 21 permite a los Estados miembros limitar el acceso "a actividades laborales distintas de aquellas por las que se les ha concedido su permiso de residencia", durante un período no superior a 12 meses. Así pues, si la directiva permite la limitación sectorial, no parece permisible la limitación geográfica.

En especial, en relación con el procedimiento para la solicitud del permiso de residencia y trabajo, regulado por el artículo 51 del Reglamento de extranjería, la instrucción establece una modulación, al indicar que la autorización podrá ser solicitada por el propio extranjero, dejando así inaplicada la previsión de esta disposición de que el permiso sea siempre solicitado por el empresario. Por ello, todos los requisitos relativos al empleador enumerados por dicha disposición han de considerarse también inaplicables, ya que la Directiva comunitaria no autoriza a la introducción de requisitos de este tipo.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, es necesario poner de relieve que la aplicación de las disposiciones preexistentes en materia de admisión de trabajadores procedentes de terce-

(42) En efecto, el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 14 de la Directiva señala que "por motivos relacionados con las políticas del mercado de trabajo, los Estados miembros podrán dar preferencia a los ciudadanos de la Unión, a los nacionales de terceros países, cuando así lo establezca la legislación comunitaria, y a los nacionales de terceros países que residan legalmente y reciban prestaciones por desempleo en el Estado miembro de que se trate".

(43) Véase el artículo 15.2.a) y b).

(44) Artículo 15.4.a).i.

(45) Letras c), d) y e) del artículo 50 del Reglamento de extranjería.

ros Estados a los residentes de larga duración de otros Estados miembros es altamente problemática. En efecto, el sistema de primeras admisiones se basa en el procedimiento de solicitud iniciado por el empresario. La aplicación de dicho procedimiento, prescindiendo de la obligación de visado y de la solicitud del empresario, constituye la creación de un procedimiento distinto y necesitado de regulación autónoma. La solución prevista por la Instrucción es fuente de perplejidad tanto para los administradores públicos como para los usuarios de los servicios de extranjería, que se ven, en múltiples ocasiones, reenviados al procedimiento tradicional de primeras admisiones.

En relación a la realización de actividades económicas por cuenta propia, la Instrucción remite a los artículos 58 a 62 del Reglamento de extranjería. La directiva, de nuevo, faculta a los Estados miembros para requerir al interesado que presente las pruebas de que dispone de los recursos necesarios, con arreglo a la legislación nacional, para ejercer la actividad económica por cuenta propia de que se trate, presentando los documentos y permisos necesarios[46]. Por ello, pueden considerarse conformes a la Directiva los requisitos relativos a las condiciones para la apertura y funcionamiento de la actividad, o relativos a la cualificación profesional exigible, así a la suficiencia de la inversión prevista[47]. Asimismo, el sometimiento de los trabajadores al requisito de los recursos suficientes, previsto por la directiva, hace posible la aplicación a los residentes de larga duración provenientes de otros Estados miembros del requisito de la "previsión de que el ejercicio de la actividad producirá desde el primer año recursos económicos suficientes al menos para la manutención y alojamiento del interesado, una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad"[48]. Con respecto a la denegación de la autorización de residencia y trabajo por el mero hecho de la existencia de cualquier tipo de antecedentes penales, y con respecto al requisito del certificado sanitario, véase lo comentado en secciones anteriores.

C) Reagrupación familiar

El tercero de los apartados de la Instrucción se dedica a regular la reagrupación familiar de los familiares, nacionales de Estados terceros, del residente de larga duración que le acompañen o se reúnan con él en España. En efecto, la Directiva 2003/109/CE establece un régimen particular para la reagrupación familiar de los familiares no comunitarios de los residentes de larga duración que se desplacen a un segundo Estado miembro. A este respecto, la Directiva establece una diferenciación entre las familias que ya hubiera estado constituidas en el primer Estado miembro y las que no, remitiendo esta última situación al régimen general de la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar[49]. Allí donde la familia ya estuviera constituida en el primer Estado miembro, los miembros de la familia del residente de larga duración se ven amparados

(46) Artículo 15, apartado cuarto, letra a), ii.

(47) Letras a) a d) del artículo 58 del Reglamento de extranjería.

(48) Letra e) del artículo 58 del Reglamento de extranjería.

(49) Véase el apartado 5 del artículo 16 de la Directiva 2003/109/CE, que remite a la Directiva 2003/86/CE.

por un régimen semejante al de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que ejerza su derecho a la residencia. En efecto, el apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 2003/109/CE establece que "en el supuesto de que el residente de larga duración ejerza su derecho de residencia en un segundo Estado miembro y la familia estuviera ya constituida en el primer Estado miembro, deberá autorizarse a los miembros de su familia (...) a acompañar al residente de larga duración o a reunirse con él". No obstante, los miembros de la familia titulares de este derecho, son los miembros de la familia tal y como están definidos en la Directiva 2003/86/CE[50], más restrictiva en su enunciación de los miembros de la familia que el régimen de libre circulación de los ciudadanos de la Unión recogido en la Directiva 2004/38/CE.

A este respecto, se establecen importantes modulaciones de las disposiciones del Reglamento de extranjería destinadas a regular la reagrupación familiar del régimen general. En primer lugar, el familiar podrá presentar la solicitud por sí mismo, una vez que el residente de larga duración procedente de otro Estado miembro haya presentado su solicitud de residencia. Para ello, deberá presentar una copia del resguardo de dicha solicitud, así como una prueba de que ha residido como miembro de la familia del residente de larga duración en otro Estado de la Unión Europea. Dichos requisitos se encuentran recogidos expresamente en el texto de la Directiva[51]. Los familiares de los residentes de larga duración que ya residieran con él en el primer Estado miembro, se verán, además, exentos del trámite del visado. Los familiares a ser reagrupados según las disposiciones de la Directiva 2003/109/CE son los enumerados en el apartado primero de la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar. Aunque dicha directiva tampoco es transpuesta expresamente al ordenamiento jurídico español, el ordenamiento jurídico español recoge una enumeración de miembros de la familia semejante, en el artículo 17.1 de la LO 4/2000, al que se remite la instrucción, desarrollado por el artículo 39 del reglamento de extranjería[52].

Como en el resto de las categorías estudiadas, la instrucción señala que, con excepción del visado, serán aplicables el resto de requisitos establecidos reglamentariamente para la obtención de una autorización de residencia por reagrupación familiar, haciendo especial mención a la disposición de un alojamiento adecuado y de medios económicos suficientes. Si bien la condición de los recursos fijos y regulares se encuentra expresamente en la Directiva comunitaria, junto con el requisito de la disposición de un seguro de enfermedad, más problemática resulta la condición relativa a la disposición de un alojamiento adecuado en lo que a la reagrupación familiar concierne. La única mención relativa al alojamiento adecuado se hace en la regulación de los requisitos documentales a aportar por el residente de larga duración en su solicitud de

(50) La directiva de residentes de larga duración faculta a los Estados miembros, en el apartado 2 del artículo 16 a autorizar la entrada a los miembros de la familia del residente de larga duración "distintos de los considerados en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 2003/83/CE a acompañar al residente de larga duración o a reunirse con él".

(51) Véanse las letras a) y b) del apartado cuarto del artículo 16 de la Directiva.

(52) Sobre la compatibilidad de la legislación española con la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar, nos remitimos a A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: "La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración", Serie: Migraciones, número 8, Fundació CIDOB, Barcelona, 2006, pp. 26 y ss.

residencia en un segundo Estado miembro, por lo cual la compatibilidad de tal requisito con las disposiciones de la directiva puede resultar cuestionable[53].

D) Punto de contacto

Por último, la Instrucción procede a dar cumplimiento al artículo 25 de la Directiva sobre el estatuto de residencia de larga duración, que supone una cláusula ya común en el derecho comunitario en materia de inmigración, relativa a la cooperación en materia de información y documentación. Dicha disposición establece la obligación de los Estados miembros de designar puntos de contacto responsables para recibir y transmitir información y documentación en relación a tres tipos de supuestos. El punto de contacto, a estos efectos, es la Comisaría General de Extranjería y documentación. En primer lugar, las autoridades españolas están obligadas a comunicar la obtención de una autorización de residencia al Estado miembro en el cual el nacional del tercer Estado disfrute del estatuto de residencia de larga duración[54]. En segundo lugar, se deberá también comunicar la obtención del estatuto de residencia de larga duración en España de un residente de larga duración procedente de otro Estado miembro a dicho Estado[55], ya que la obtención del estatuto de residencia de larga duración en un segundo Estado constituye un motivo de extinción de dicho estatuto en el primero[56]. Esta función dudosamente se ejercerá en la actualidad, debido a que no puede obtenerse el estatuto de residencia de larga duración, por falta de transposición completa de las disposiciones de la Directiva. En tercer lugar, se deberá asimismo comunicar a las autoridades del primer Estado miembro la decisión de retirar el permiso de residencia en España, por dejarse de cumplir las condiciones establecidas, o por razones de orden público, situación ante la cual el primer Estado miembro está obligado a "readmitir inmediatamente sin formalidades al residente de larga duración y a los miembros de su familia" [57].

IV. CONCLUSIÓN: ¿LIBRE CIRCULACIÓN O MERA EXENCIÓN DE VISADO?

Tras las consideraciones teóricas precedentes, la conclusión es en cierto modo, decepcionante en relación con las implicaciones prácticas de los nuevos desarrollos. No obstante, hay que señalar que la aplicación transitoria y parcial de las disposiciones de la directiva a través de la instrucción no ofrece mucha diferencia con lo que una aplicación legislativa completa y jurí-

(53) Dicha condición, que ha desaparecido en relación a los ciudadanos de la Unión, en la Directiva 2004/38/CE (con anterioridad se encontraba en el artículo 10.3 del Reglamento 1612/68 del Consejo), es recogida entre las condiciones para la reagrupación familiar de la Directiva 2003/86/CE, en su artículo 7.1.a).

(54) Apartado 2 del artículo 19 de la Directiva 2003/109/CE.

(55) Apartado 1 del artículo 23 de la Directiva.

(56) Apartado 4 del artículo 9 de la Directiva 2003/109/CE.

(57) Apartado 2 del artículo 22 de la Directiva 2003/109/CE.

dicamente bien articulada podría ofrecer a los residentes de larga duración provenientes de otros Estados miembros de la UE. En efecto, pese al impacto mediático, o a lo que cupo esperar en un momento inicial, la directiva no parece implicar un vuelco a la situación precedente, en relación a los derechos de movilidad intracomunitaria. Así pues, muchos de los defectos, incongruencias y limitaciones de los derechos de movilidad intracomunitaria cuyos titulares son los residentes de larga duración, traen causa de la propia Directiva comunitaria, que permite a los Estados miembros mantener en gran medida sus procedimientos administrativos preexistentes, y, en particular, supeditar la admisión de residentes de larga duración provenientes de otros Estados miembros a las necesidades de sus mercados laborales.

Dicho esto, hay que señalar que, pese al gran margen de apreciación que la Directiva comunitaria otorga a los Estados miembros, la mera remisión a las disposiciones preexistentes en materia de primeras admisiones se torna inadecuada y presenta numerosas fricciones con el tenor literal, y con el objeto de la Directiva, que ponen en cuestión el efecto útil de la misma. Por ello, a la hora de realizar una transposición a través de una reforma de la ley y del reglamento de extranjería, esta metodología, si bien ampliamente utilizada por el resto de Estados miembros, ha de ser puesta en cuestión y debatida. La aplicación de los preceptos preexistentes en materia de primeras admisiones únicamente sería posible tras la adaptación de dichas disposiciones a los requisitos de la directiva comunitaria, o a través del establecimiento de derogaciones al sistema creado por las mismas, por medio de un procedimiento especial reglamentariamente regulado.

Por otra parte, hay que tomar en consideración que existen otras directivas en materia de inmigración legal que otorgan derechos de movilidad intracomunitaria que tampoco han sido transpuestas por España. La emergencia de múltiples derechos de residencia en nuestro país de residentes de larga duración, estudiantes e investigadores procedentes de otros Estados miembros de la Unión Europea aboga por la creación de regímenes legales y procedimientos administrativos específicos que hagan justicia a la emergencia de una política común en materia de inmigración. En efecto, la armonización de las condiciones de admisión de estudiantes e investigadores, y del acceso al estatuto de residencia de larga duración lleva aparejada la existencia de derechos de movilidad intracomunitaria, que si bien, ya son bastante limitados de por sí, corren el peligro de ser totalmente desvirtuados si los Estados miembros continúan aplicando a estos residentes provenientes de otros Estados miembros los mismos estándares que si provinieran directamente de terceros Estados.

IV

Admisión de nacionales de terceros países por razones de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado: Contenido y alcance de la Directiva 2004/114/CE*

Irene Blázquez Rodríguez

Profesora Dra. Derecho Internacional Privado
Universidad de Córdoba
(iblazquez@uco.es)

RESUMEN

ADMISIÓN DE NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES POR RAZONES DE ESTUDIOS, INTERCAMBIO DE ALUMNOS, PRÁCTICAS NO REMUNERADAS O SERVICIOS DE VOLUNTARIADO: CONTENIDO Y ALCANCE DE LA DIRECTIVA 2004/114/CE

Uno de los objetivos de la acción de la Comunidad en el ámbito de la educación es promover Europa en su conjunto como centro mundial de excelencia de la enseñanza y de la formación profesional. Favorecer la movilidad hacia la Comunidad de los nacionales de terceros países a efectos de estudios es un elemento clave de esta estrategia. La Directiva 2004/114/CE de 13 de diciembre de 2004 tiene por objeto aproximar las legislaciones nacionales relativas a las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado. La finalidad básica de este estudio es determinar en que medida, teniendo en cuenta las condiciones fijadas, del procedimiento establecido y del grado de discrecionalidad de los Estados miembros, esta la Directiva 2004/114/CE supone un paso más hacia una libre movilidad de estudiantes hacia Europa.

ABSTRACT

ADMISSION OF THIRD-COUNTRY NATIONALS FOR THE PURPOSES OF STUDIES, PUPIL EXCHANGE, UNREMUNERATED TRAINING OR VOLUNTARY SERVICE: CONTENT AND SCOPE OF THE DIRECTIVE 2004/114/EC

One of the objectives of Community action in the field of education is to promote Europe as World centre of excellence for studies and vocational training. Promoting the mobility of third-

(*) El presente estudio ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2007-66436/JURI (Migraciones Internacionales y Política Mediterránea de la Unión Europea), del Ministerio español de Educación y Ciencia (Plan Nacional I+D), confinanciado por el FEDER.

country nationals to the Comumunity for the purpose of studies is a key factor in that strategy. The Directive 2004/114/EC of 13 December 2004 is to harmonise national legislation relating to the conditions of admission of third-country nationals for the purposes of studies, pupil exchange, unremunerated training or voluntary service. The basic purpose of this study is to determine to what extent, taking into account the conditions of the established procedure and the degree of discretion of Member States, this Directive 2004/114/EC is a step closer to a free mobility of students toward Europe.

SUMARIO

I. Consideraciones previas.

II. La normativa comunitaria preexistente sobre libre movilidad y acceso a la educación y a la formación profesional.

III. Contenido y análisis legal de la Directiva 2004/114/CE. A) Antecedentes legislativos y basamento jurídico. B) Disposiciones generales: objeto, definiciones básicas y alcance. C) Condiciones de admisión. D) Permiso de residencia y trato de los nacionales de terceros países interesados. E) Procedimiento y disposiciones finales.

IV. Sobre el nivel de discrecionalidad de los Estados miembros en cuanto a la admisión y residencia al amparo de la Directiva 2004/114/CE.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El día 23 de diciembre de 2004 entró en vigor la Directiva 2004/114/CE relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, habiendo contado los Estados miembros con tres años, es decir hasta el 13 de enero de 2007, para la adaptación de sus correspondientes disposiciones legales, reglamentarias y administrativas[1]. La presente Directiva 2004/114/CE forma parte de un grupo de disposiciones dirigidas a aproximar las legislaciones nacionales relativas a las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros países, con la perspectiva de instaurar progresivamente un marco jurídico completo que regule su admisión en función del objeto de residencia. Dicho objetivo se enmarca en el mítico Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999, donde se aboga por una futura política europea común

(1) Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, *DO* L núm. 375, de 23 de diciembre de 2004.

Contenido y alcance de la Directiva 2004/114/CE

IV

de inmigración en tanto que una prioridad del reciente estrenado "espacio de libertad, seguridad y justicia". En este contexto, junto con una necesaria colaboración con los países de origen, un trato justo de los nacionales de terceros países residentes legales en la UE, una actuación coordinada e integrada de las fronteras exteriores, un sistema común de asilo, y una adecuada integración de los residentes legales, se prevé la definición de un marco jurídico común para la migración legal[2]. Además, tras la adopción del Programa de La Haya en 2004 al tiempo que se toma conciencia sobre la necesidad de una mayor coordinación en materia de integración de inmigrantes, se considera que ésta ha necesariamente de complementarse con una armonización en cuanto a las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros países[3].

Del conjunto de disposiciones previstas en cuanto admisión, hasta la fecha se ha aprobado además la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar[4], quedando por ratificar la Propuesta de Directiva sobre las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades por cuenta propia[5]. Dado que el acceso de los ciudadanos extracomunitarios al mercado laboral es en palabras de la Comisión "un asunto extremadamente delicado" y ante las controversias insalvables existentes entre los Estados miembros para la aprobación de la mencionada disposición, la UE parece haberse replanteado el nivel de armonización al que debe aspirar[6]. Así no es de extrañar, que en la actualidad las instituciones europeas consideran que la clave del éxito es que dicha armonización sea gradual y fluida, de tal modo que se ha abandonado el enfoque horizontal esgrimido por Tampere, optando por otra alternativa más real: la aprobación paulatina de propuestas legislativas sectoriales. En este sentido, han visto la luz dos disposiciones: la Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, relativa al procedimiento de admisión de nacionales de terceros países a efecto de investigación científica[7], y más recientemente, el 23 de octubre de 2007, se presentó por la Comisión la Propuesta de Directiva sobre el establecimiento de condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países a efecto de un empleo

(2) Conclusiones de la Presidencia, punto 20. A posteriori dichos objetivos de la política común de inmigración han sido confirmados en distintos momentos y mediante diferentes textos entre los que podemos destacar: Comunicación de la Comisión sobre una Política Comunitaria de Inmigración, COM (2000) 757 final, 22 de noviembre de 2000; Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo celebrado en Sevilla, días 21 y 22 de junio de 2002; Consejo Europeo de Salónica, de 18 y 19 de junio de 2003; el Programa de La Haya adoptado en el Consejo Europeo de 2004, o más recientemente en la Comunicación "El planteamiento global sobre la migración un año después: Hacia una política global europea en migración", COM (2006), 735 final.

(3) En este sentido recientemente ha señalado la Comisión en su "Tercer informe anual sobre inmigración e integración" que: "La consolidación del marco jurídico relativo a las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países es esencial para desarrollar un planteamiento coherente de la UE con respecto a la integración" (p. 4), COM (2007) 512 final, de 11 de septiembre de 2007.

(4) *DO* L núm. 251, 3 de octubre de 2003.

(5) *DO* C núm. 332, de 27 de noviembre de 2001, p. 248.

(6) Libro Verde de la Comisión sobre "El planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica", COM (2004) 811 final, 11 de enero de 2005, p. 1.

(7) *DO* L núm. 289, de 3 de noviembre de 2005, p. 15.

altamente cualificado[8].

Si bien no es éste el momento para abordar el estadio actual en que se encuentra la política europea de inmigración[9], sí quisiera insistir que, en la actualidad, no es aventurado afirmar que la llamada política común de inmigración es parcial y con un marcado carácter funcional, si bien hemos de reconocer que se encuentra desde hace ya una década en continua expansión. De este modo, existen materias como la entrada, el cruce de las fronteras exteriores o la circulación por el espacio intracomunitario que se encuentran en un importante nivel de comunitarización[10]. Mientras que hay otras que, a pesar de las competencias reconocidas a partir del Tratado de Ámsterdam, están escasamente armonizadas y entre las que debemos incluir precisamente el ámbito que aquí nos ocupa, el procedimiento y requisitos para la admisión de nacionales de terceros países para estancias superiores a tres meses. La razón básica no es otra que el carácter funcional de esta política que ha propiciado la comunitarización de aquellas materias que afectan más directamente a la consecución de un objetivo clave: la libre circulación de personas a favor de nacionales comunitarios por ese espacio sin controles fronterizos[11]. De este modo, no es fortuito que el Tratado de Ámsterdam al incluir el tratamiento de la inmigración en el Tratado CE lo incluya en un título IV denominado "Visado, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas". No obstante, este carácter complementario a la libre movilidad se va diluyendo al tiempo que el fenómeno migratorio ha adquirido protagonismo en Europa y se toma conciencia por parte de todos, Estados e instituciones europeas, de la necesidad de un tratamiento armonizado de esta cuestión transfronteriza. Con el nuevo Tratado de reforma de la UE suscrito en Lisboa, el 13 de diciembre de 2007, se iniciará pues una nueva etapa en este sentido ya que si bien no se produce una mayor comunitarización sí se aludirá por primera vez en su articulado y de manera expresa a una "política común de inmigración"[12].

(8) COM (2007) 637 final, de 23 de octubre de 2007, p. 1.

(9) Sobre las competencias comunitarias en materia migratoria y su evolución, Vid. *amplius* P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: *Derecho comunitario de la inmigración,* Atelier, 2006, en particular pp. 15-50; F. JULIEN-FAFERRIERE, H. LABAYLE ET Ö. EDSTRÖM (dirs.): *La politique europeéenne d'immigration et d'asile: Bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam,* Bruylant, 2005; J.-Y. CARLIER ET PH. DE BRUYCKER: *Immigration and Asylum Law of the EU: current debates,* Bruylant, 2005; S. PEERS & N. ROGERS: *EU Immigration and Asylum Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006; M. DI FILIPPO: "La competenza comunitaria in materia migratoria: il lento camino verso la definizione di una politica europea", AA.VV.: *Movimientos migratorios transnacionales y mercado de trabajo*, Ed. Junta de Andalucía, 2007, pp. 9-21.

(10) Una compilación sistemática de la legislación comunitaria vigente en materia migratoria, vid. I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ y V.L. GUTIÉRREZ CASTILLO: *Derecho de la Unión Europea sobre inmigración y asilo,* Dykinson, 2006.

(11) E. PÉREZ MARTÍN: "Libertad de circulación y de residencia: ciudadanía e inmigración en la Constitución Europea", *Coloquio Ibérico Luso-espahol sobre a Costituiçao Europeia, Homenagem ao doutor Franisco Lucas Pires*, Facultade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra editora, 2005, pp. 593-633.

(12) En particular, en el nuevo Tratado de Lisboa la inmigración se incluye en un nuevo título IV denominado "Espacio de libertad, seguridad y justicia" que se incardina en un capítulo 2 denominado "Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración".

II. LA NORMATIVA COMUNITARIA PREEXISTENTE SOBRE LIBRE MOVILIDAD Y ACCESO A LA EDUCACIÓN Y A LA FORMACIÓN PROFESIONAL

Con el fin de aportar un análisis completo de la Directiva 2004/114/CE es preciso realizar una breve panorámica sobre la situación de los estudiantes y otras categorías en formación incluida la profesional, en el Derecho comunitario europeo. Desde la consagración de la libre circulación a favor de los trabajadores comunitarios y sus familiares, mediante las disposiciones desarrolladas a partir del año 1968, se ha reconocido a favor de los nacionales comunitarios un principio de igualdad de trato en cuanto al acceso al sistema educativo del Estado miembro de acogida. Por un lado, se reconoce el derecho de los hijos desplazados con el trabajador a "ser admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado", incluso animando a que los Estados de acogida fomenten "las iniciativas que les permitan seguir los mencionados cursos en las mejores condiciones"[13]. Además, desde una jurisprudencia temprana, el TJUE se encargó de precisar que dicho principio "se refiere no solamente a las normas relativas a la admisión y a las medidas generales destinadas a facilitar la participación en la enseñanza" (*Casagrande*)[14], sino también a todas las ventajas previstas por la legislación del país de acogida para la integración social incluso de la personas disminuidas (*Michel*)[15]. En sentencias posteriores, el TJUE profundizó en este aspecto, afirmando que la igualdad de trato garantizada comprendía cualquier forma de enseñanza, de carácter profesional o general, incluidos los cursos impartidos en la universidad y los estudios profesionales postsecundarios (*Echternach y Moritz*)[16]. De igual modo, al estudiante hijo de un trabajador comunitario se le reconocía el derecho a disfrutar de las ayudas estatales a fines de estudio previsto en beneficio de los nacionales del Estado de acogida[17]. Además, el TJUE en los albores de los años 90, y sobre la base del artículo 12 del Reglamento CEE núm. 1612/68[18], no sólo reconoció a favor de los ciudadanos europeos el derecho a desplazarse a otro Estado miembro para recibir formación (*Raulin*)[19], sino incluso la posibilidad de acceder a las ayudas públicas concedidas para seguir estos cursos impartidos fuera del Estado de acogida (*Carmina di Leo*)[20].

Por otro lado, al margen de los hijos, el Derecho comunitario también reconocía a los propios trabajadores desplazados a otro Estado miembro el derecho a acceder al sistema educativo e in-

(13) Artículo 12 del Reglamento CEE 1612/68, de 15 de octubre de 1968, sobre la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, *JOCE* L núm. 257, de 19 de octubre de 1968.

(14) Sentencia de 3 de julio de 1974, asunto 9/74, *Casagrande*, rec. 1974, p. 773, apartado 4.

(15) Sentencia de 11 de abril de 1973, asunto 76/72, *Michel*, rec. 1973, p. 457, apartado 14.

(16) Sentencia de 15 de marzo de 1989, asuntos acumulados 389/87 y 390/87, *Echternach & Moritz*, rec. 1989, p. 723, apartados 29 y 30.

(17) Ibíd. apartados 34 y 35.

(18) Cit. supra.

(19) Asunto 357/89, *Raulin*, rec. 1992, p. 1027.

(20) Apartado 15, Sentencia de 13 de noviembre de 1990, asunto 308/89, *Carmina di Leo*, rec. 1990, p. 4185.

cluso a las becas públicas existentes, siempre que la formación tuviese relación con su actividad profesional (*Matteucci*)[21] o, en el caso de desempleados, les permitiese prepararse en otra área con el fin de obtener un empleo (*Bernini*)[22]. Este derecho a favor del trabajador se basaba en una interpretación extensiva y flexible realizada por el TJUE de la "noción de ventaja social"[23].

En la década de los noventa y gracias a la aprobación de la Directiva 93/96/CEE relativa al derecho de residencia de los estudiantes se producirá una ampliación del ámbito de aplicación del principio de libre circulación a las llamadas "categorías inactivas", es decir con independencia del ejercicio de actividad económica alguna en el Estado miembro de destino[24]. De este modo, se facilitará para los nacionales comunitarios el libre acceso a otros Estados miembros por razones de estudio, al tiempo que se instaura una prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad en lo que se refiere al acceso a la formación profesional en la Comunidad. Además, dicha Directiva recogería la noción amplia articulada por el TJUE de "formación profesional" comprendiendo cualquier forma de enseñanza que otorgue una cualificación para ejercer una profesión, oficio o empleo, independientemente de la edad y del nivel de formación de los alumnos o estudiantes, aun cuando el programa de enseñanza incluya una parte de educación general[25]. En la actualidad, la Directiva 2004/38/CE reconoce asimismo en su artículo 7 el derecho de todo ciudadano de la UE a trasladarse y a residir en el territorio de otro Estado miembro cuando se encuentre matriculado en un centro público o privado reconocido, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive la formación profesional[26]. No obstante, y pese al innegable impulso operado por esta Directiva 2004/38/CE a la libre movilidad de los ciudadanos comunitarios, cuando éstos no sean trabajadores, como sería el caso de estudiantes, sólo podrían desplazarse a cursar estudios en otro Estado distinto al suyo siempre que no supongan una carga para el sistema asistencial del mismo; es decir, cuenten con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y posean recursos suficientes durante su período de residencia.

Cuando se trata de los nacionales de terceros países hemos de destacar las implicaciones que determinados acuerdos exteriores conllevan para la libre movilidad por razones de estudio, así como para el reconocimiento de un derecho de admisión al sistema educativo del Estado miembro de acogida. En el caso de los ciudadanos provenientes de Noruega, Islandia y Liechtenstein,

(21) Sentencia de 27 de septiembre de 1988, asunto 235/87, *Matteucci*, rec. 1988, p. 5589.

(22) Sentencia de 26 de febrero de 1992, asunto 3/90, *Bernini*, rec. 1992, p. 1071.

(23) Sobre la noción de "ventaja social", vid. *amplius,* D. O'KEEFFE: "Equal Rights for Migrants: the Concepts of social advantages in artículo 7 (2), Regulation 1612/68", *YEL*, vol. 5, 1985, pp. 93-123; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ: *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 360 y ss.

(24) Directiva 93/96/CEE, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, DO L núm. 317, de 18 de diciembre de 1993.

(25) Sentencia de 13 de febrero de 1985, asunto 293/93, *Gravier*, rec. 1985, p. 615; Sentencia de 2 de mayo de 1988, asunto 24/86, *Blaizot*, rec. 1988, p. 379. Con carácter general P. JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA: "La libre circulación de estudiantes en derecho comunitario", *La Ley, Comunidades Europeas*, vol. XI, 1990, núm. 54, pp. 2 y ss.

(26) Directiva 2004/38/CE, 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, *DO* L núm. 158, de 30 de abril de 2004.

gracias al artículo 4 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (AEEE)[27] que reproduce el artículo 12 del Tratado CE, se reconocerá un principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad, al cual habría que añadir en virtud del artículo 6 del AEEE la extensa y rica jurisprudencia comunitaria existente en cuanto a su aplicación[28]. De este modo, los estudiantes procedentes de Noruega, Islandia y Liechtenstein, al igual que los trabajadores que se encuentren ya ejerciendo una actividad económica en un Estado miembro, podrán acceder a cualquier ciclo educativo o de formación profesional, si bien no gozarán de una igualdad de tratamiento en cuanto al abono en las correspondientes tasas administrativas, tal como se especifica en el Protocolo del mencionado AEEE. Por otra parte, el Acuerdo sobre la libre circulación de personas suscrito en el año 1999 entre la Comunidad Europea y Suiza[29] tendrá como objetivo básico, según sienta su artículo 1, conceder un derecho de entrada y residencia en el territorio de la otra Parte Contratante para trabajadores asalariados e independientes, así como para personas sin actividad económica, como sería el caso de los estudiantes y otros colectivos en formación. Además, con la finalidad de garantizar plenamente tales prerrogativas, los ciudadanos de ambas Partes gozan de un principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en el territorio de la otra Parte Contratante en cuanto a las condiciones concedidas a los propios nacionales (artículo 2 Acuerdo libre circulación CE-Suiza).

Junto con estos nacionales de terceros países, podemos citar asimismo a los ciudadanos turcos que gracias a las disposiciones incluidas en la Decisión núm. 1/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía[30] va a conferir de forma gradual, en función de la duración de un empleo legal, una serie de derechos y facultades a los ciudadanos turcos (artículo 6) así como a sus familiares (artículo 7) en el Estado miembro de acogida. En concreto, el párrafo segundo de este artículo 7 consagra a favor de "los hijos de los trabajadores turcos que hayan adquirido una formación profesional en el país de acogida" y con independencia de la duración de su residencia, el derecho a "aceptar en él cualquier oferta de empleo, siempre que uno de sus progenitores haya ejercido legalmente un empleo en el Estado miembro de que se trate durante, por lo menos,

(27) Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, firmado entre los Estados miembros, por una parte, y los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio (*DO* L núm. 1, de 3 de enero de 1994. El presente Acuerdo entró en vigor para todas las Partes Contratantes el 1 de enero de 1994, excepto para Liechtenstein cuya fecha fue un año después, el 1 de enero de 1995.

(28) El artículo 6 del AEEE tiene el siguiente tenor: "Sin perjuicio de la evolución futura de la jurisprudencia, las disposiciones del presente Acuerdo, en la medida en que sean idénticas en sustancia a las normas correspondientes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y de los actos adaptados en aplicación de estos dos Tratados, *se interpretarán en su ejecución y aplicación, de conformidad con las resoluciones pertinentes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* dictadas con anterioridad a la fecha de la firma del presente Acuerdo" (las cursivas son mías).

(29) Acuerdo sobre la libre circulación de personas, de 21 de junio de 1999, entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra (*DO* L núm. 114, de 30 de abril de 2002, p. 6). El presente Acuerdo entró en vigor el 1 de junio de 2002.

(30) La Decisión núm. 1/80 se encuentra en vigor desde el 1 de enero de 1980. Las Decisiones del Consejo de Asociación no se encuentran publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea. No obstante, es posible encontrar el texto de tales, en versión francesa, en la recopilación *Acuerdo de Asociación y Protocolos CEE-Turquía. Y otros textos de base*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1992.

tres años"[31]. Complementan dichas disposiciones el artículo 9 de la mencionada Decisión núm. 1/80, que tal como ha confirmado el asunto *Gürul*, incluiría a favor de los trabajadores turcos y sus familiares el acceso al sistema educativo y la formación profesional en el Estado miembro de residencia[32].

Otros acuerdos exteriores, como los suscritos en el marco de la asociación ACP-UE, abordan la cuestión de la educación, si bien de manera más genérica y sin consagrar una situación jurídica diferenciada de la del resto de nacionales de terceros países. En este sentido, el Acuerdo de Cotonú de 2000 ante la preocupación de la inmigración irregular prevé una doble estrategia: por un lado, medidas destinadas al desarrollo económico y social de las regiones de origen de los emigrantes, donde los programas de cooperación para la formación superior y profesional de los nacionales ACP constituyen un elemento clave de este objetivo; y, por otro, los Estados ACP se comprometen a readmitir y aceptar el retorno de cualquiera de sus propios nacionales que resida ilegalmente en el territorio de otra Parte[33]. De hecho, hemos de mencionar que en la Exposición de Motivos esbozada por la Comisión en su propuesta de la actual Directiva 2004/114/CE incluye, como una de las razones de su puesta en marcha, la prioridad de concretizar el compromiso asumido por la CE y sus Estados miembros en lo referente a la formación en un Estado miembro a través de los mencionados programas de cooperación nacionales o regionales.

Otras disposiciones comunitarias relativas a la situación jurídica de los nacionales de terceros países que se encuentran residiendo bajo distintas circunstancias en el territorio de los Estados miembros, hacen alusión igualmente al derecho de acceso a la educación y a la formación profesional. En primer lugar, cuando se trata de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, la Directiva 2003/109/CE les reconoce una igualdad de trato en lo que respecta a "la educación y la formación profesional, incluidas las becas de estudios de conformidad con la legislación nacional" [artículo 11.b)][34]. Por su parte, la Directiva 2003/86/CE reconoce a favor del reagrupante y de los miembros de la familia reagrupados un derecho de "acceso a la educación" [artículo 14.b)][35]. Igualmente, a todas aquellas personas que se encuentren en el territorio comunitario en calidad de refugiados o bajo otro tipo de protección internacional, incluida la

(31) Además, el TJUE mediante su asunto *Gürul* (Sentencia de 7 de julio de 2005, asunto 383/03, rec. 2005, p. 6199) ha llevado a cabo una interpretación flexible al considerar que tal facultad no se encuentra supeditada a requisito alguno de edad del hijo ni a motivos específicos de autorización de entrada y de residencia en el territorio del Estado miembro de acogida (apartado 22). Además, según ha confirmado el asunto *Akman* (Sentencia de 19 de noviembre de 1998, asunto 210/97, rec. 1998, p. 7519) dicho derecho no se encuentra subordinado siquiera a un requisito de residencia actual del padre en dicho Estado en el momento preciso en que el hijo desea acceder en él a un empleo tras concluir su formación profesional (apartados 43 y 44).

(32) Cit. supra

(33) Artículo 13.4 del Acuerdo de Asociación ACP-UE, firmado en Cotonú, el 23 de junio de 2000, *DO* L núm. 317, de 15 de diciembre de 2000, p. 3.

(34) Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, *DO* L núm. 251, de 3 de octubre de 2003.

(35) Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, *DO* L núm. 16, de 23 de enero de 2004.

temporal, o sean víctimas de la trata de seres humanos, se les reconocerá durante el tiempo de su residencia el acceso a la educación y a la formación profesional[36].

III. CONTENIDO Y ANÁLISIS LEGAL DE LA DIRECTIVA 2004/114/CE

A) Antecedentes legislativos y basamento jurídico

El interés de las instancias comunitarias en aras a propiciar la entrada de nacionales de terceros países a efectos formativos se sitúa a principios de la década de los noventa, con la aprobación por parte del Consejo de Ministros, el 30 de noviembre de 1994, de la "Resolución relativa a la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros con el fin de realizar estudios"[37]. Esta Resolución que puede considerarse como el antecedente legislativo inmediato de la Directiva 2004/114/CE tiene menos atractivo tanto en cuanto a su valor jurídico se refiere, como en cuanto a su alcance y nivel de concreción. En efecto, la Resolución sobre admisión de estudiantes del año 1994, forma parte del llamado "*soft law*" comunitario al haber sido adoptado en el marco de la cooperación en los ámbitos de Justicia e Interior establecidos por el Tratado de Maastricht. Además, su alcance personal era mucho menos generoso al excluir expresamente de su ámbito de aplicación a los alumnos, y dado su estricto tenor al definir a sus beneficiarios como "estudiantes de enseñanza superior", también parecía conllevar implícita la exclusión de otras categorías tales como "aprendices no remunerados" o "voluntarios". Otro antecedente legislativo puede considerarse asimismo la propuesta de acto del Consejo por el que se establece el Convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los Estados miembros adoptado por la Comisión en 1997[38], que incluía disposiciones relativas a la admisión a efectos de estudios y de formación profesional así como con otros fines. Pese a lo ambicioso de su objetivo al pretender el establecimiento de un marco jurídico completo en

(36) Vid. artículos 10 y 12 de la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, *DO* L núm. 31, de 6 de febrero de 2003, p. 18; artículos 26.4 y 27 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 el contenido de la protección concedida, *DO* L núm. 304, de 30 de septiembre de 2004, p. 12.; artículo 14 de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, *DO* L núm. 212, de 7 de agosto de 2001; artículo 11.2 de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, *DO* L núm. 261, de 6 de agosto de 2004, p. 119.

(37) *DO* C núm. 274, de 19 de septiembre de 1996, p. 10. Vid. GUILD & NIESSEN: *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union: Adopted Conventions, Resolutions, Recommendations, Decisions and Conclusions*, Kluwer, 1996, en particular pp. 347-360.

(38) *DO* C núm. 337, de 7 de noviembre de 1997, p. 9. Vid. HEDEMANN-ROBINSON: "From Object to Subject? Non-EC Nationals and the Draft Proposal of the Commission for a Council Act Establishing the Rules for Admission of Third-Country Nationals to the Member States", *YEL* núm. 18, 1998, en particular pp. 311-315.

cuanto a la entrada y residencia de ciudadanos extracomunitarios, éste no tuvo ninguna repercusión debido a las nueva competencias atribuidas a la CE en materia migratoria tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.

El fundamento jurídico de la presente Directiva 2004/114/CE se determinó en relación a su objeto. En primer lugar, el artículo 63.3.a) encargado de la migración legal, es decir de fijar las condiciones de entrada y de residencia para estancias de larga duración, y por otro lado, el artículo 63.4 cuyo objeto es definir los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros. Si atendemos al objetivo y contenido de la Directiva 2004/114/CE no es aventurado afirmar que el único precepto cuyo basamento jurídico es el artículo 63.4, es el artículo 8 que, bajo el título de "Movilidad de los estudiantes", prevé la posibilidad que un nacional de tercer país que ya haya sido admitido en calidad de estudiante pueda cursar o completar en otro Estado miembro parte de los estudios ya iniciados. Dado además que la presente Directiva se basa en el título IV del Tratado CE, ésta no será de aplicación ni a Dinamarca, ni tampoco a Reino Unido e Irlanda de conformidad con los distintos Protocolos que regulan su especial posición en aquellas cuestiones relativas a fronteras, libre circulación de personas e inmigración[39].

Por otra parte, es preciso no obviar que el basamento legal de esta disposición no son los artículos 149 y/o 150 relativos a la acción de la Comunidad en el ámbito de la educación y la formación profesional; de tal modo, que la Directiva 2004/114/CE no tiene en ningún caso como objetivo una armonización de los requisitos de admisión a los centros de enseñanza o formación profesional, ni tampoco compeler a los Estados miembros a abrir sus redes de enseñanza o sus sectores de formación profesional a nacionales de terceros países cuando éstos estén excluidos[40].

B) Disposiciones generales: Objeto, definiciones básicas y alcance

El capítulo I de la Directiva 2004/114/CE (artículos 1-4) bajo el título de "Disposiciones generales" fija el objetivo de la misma, una serie de definiciones básicas, así como su alcance personal. En concreto y tal como ha sido objeto ya de mención, este instrumento legal tiene como objetivo principal definir bajo pautas de armonización los requisitos así como el procedimiento para la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado. Además, posibilitar la admisión de estos nacionales de terceros países en formación, entronca necesariamente con otros propósitos de la Comunidad en el ámbito de la educación como son "promover Europa en su conjunto como centro mundial de excelencia de la enseñanza y de la

(39) Vid. artículo 69 del Tratado CE y artículos 1 y 2 respectivamente del Protocolo sobre la posición de Dinamarca y del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda ambos anejos al Tratado UE y al Tratado CE.

(40) Apartado 4.1. "Elección de la base jurídica" de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión, COM (2002) 548 final, de 7 de noviembre de 2002.

Contenido y alcance de la Directiva 2004/114/CE

IV

formación", al tiempo que "una forma de enriquecimiento recíproco" en aras a fomentar una mejor comprensión entre las culturas[41].

Los artículos 2 y 3 de la Directiva 2004/114/CE se encargarán de definir quiénes son los beneficiarios de esta disposición. En primer lugar, se trata de "nacionales de terceros países", es decir de personas que no poseen la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la UE, si bien dentro de este grupo se excluirán una serie de categorías. Así, el artículo 3.2 excluye de su ámbito de aplicación a determinados nacionales de terceros países cuya situación jurídica se encuentra al amparo de otras disposiciones comunitarias, como sería el caso de: los solicitantes de asilo o aquellos que residan en un Estado miembro bajo formas subsidiarias de protección, los miembros de la familia de un ciudadano de la UE, o los que posean la condición de residente de larga duración según lo dispuesto en la Directiva 2003/109/CE.

En segundo lugar, estos nacionales de terceros países han de tener como objeto principal de su entrada y residencia la educación, la formación o el voluntariado, de ahí que el artículo 3.2.d) excluya expresamente a aquellos que tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena o propia con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro de que se trate. Si bien la Directiva 2003/114/CE a lo largo de su articulado define las condiciones de admisión y estancia por razones de "estudio", "intercambio de alumnos", "prácticas no remuneradas" o "servicio de voluntariado", los Estados miembros sólo estarían obligados a implementarla a favor de los "estudiantes", siendo la aplicación para el resto de categorías de carácter opcional. Además, con respecto a esta cuestión el tenor de la Directiva es claro, según sienta su artículo 3, ésta "se aplicará a los nacionales de terceros países que soliciten la admisión con el fin de cursar estudios", añadiendo en su párrafo segundo que "los Estados miembros podrán asimismo *decidir aplicarla*" a aquellos que soliciten la admisión en calidad de alumnos, aprendices o voluntarios.

Y llegados a este punto hemos de preguntarnos qué hemos de entender por cada una de las categorías mencionadas. El "estudiante" se refiere a una persona admitida en un centro de enseñanza superior para cursar un programa de estudios de tiempo completo que le conduzca a la obtención de un título reconocido en dicho Estado miembro[42]. Por su parte, el "alumno" habría sido admitido en un centro de enseñanza secundaria, cuya movilidad debe necesariamente enmarcarse en el marco de programas de intercambio gestionados por organizaciones especializadas autorizadas a tal efecto por el Estado miembro. De este modo, la movilidad individual no se incluye en esta Directiva y, por tanto, seguiría estando exclusivamente regulada por el derecho interno de los Estados miembros. En el marco de la formación profesional se incluiría el "aprendiz no remunerado" cuya actividad ha de ser necesariamente en el marco de un convenio de formación debidamente reglado por el Estado miembro para un aprendizaje bien en una empresa pública o privada, o en un centro de formación profesional[43]. Y en último

(41) Considerandos 6 y 7 de la Directiva 2004/114/CE.

(42) Para la definición de los centros de enseñanza superior, secundaria y aquellos que imparten la formación profesional se produce una remisión al derecho interno o a la práctica administrativa de los Estados miembros como se suele hacer en los actos de Derecho comunitario relativos a la política de educación o formación profesional de la Comunidad.

(43) Según los requisitos contemplados en el artículo 10.a) de la Directiva 2004/114/CE.

lugar, el "servicio de voluntariado" se trata de la admisión a efecto de desarrollar un programa de actividades de solidaridad práctica, basado en un régimen nacional o comunitario, que persiga objetivos de interés general[44].

En relación con el ámbito personal de la Directiva 2004/114/CE, debemos hacer alusión al dato que ésta no acoge en su articulado la posibilidad de que sus beneficiarios puedan ser acompañados por sus familiares durante el período de residencia en el Estado miembro. El no reconocimiento de esta facultad es sin duda criticable ya que el legislador comunitario parece desconocer que la vida familiar facilita la integración en el nuevo espacio convivencial, de igual modo que es un importante apoyo financiero y emocional para la persona[45]. Pero claro, dicha omisión evidencia de nuevo que la mayor preocupación a nivel comunitario no es otra que evitar cualquier riesgo para la seguridad, al tiempo que mermar cualquier opción de inmigración que pudiera albergar o facilitar la idea de una residencia permanente. Ésta parece ser la tónica seguida a nivel comunitario incluso con otras categorías de nacionales de terceros países cuya permanencia se prevé necesariamente más dilatada en el tiempo, como sería el caso de los investigadores. En efecto, la Directiva 2005/71/CE sobre el procedimiento de admisión a efectos de investigación científica si bien de manera específica hace alusión a la posibilidad de que en estos casos los nacionales de terceros países puedan ser acompañados por su familia, se limitará a dejar en manos de cada Estado miembro la autorización de entrada para sus familiares[46].

C) Condiciones de admisión

El capítulo II de la Directiva 2004/114/CE, en sus artículos 5 a 11, se encarga de definir las condiciones de entrada y residencia que habrán de comprobarse a través de la incoación del correspondiente expediente. Por un lado, el artículo 6 fija una serie de condiciones generales que han de cumplir las cuatro categorías: estar en posesión de un documento de viaje en vigor; contar con una autorización parental en el caso de ser menor de edad; estar en posesión de un seguro de enfermedad; no estar considerado un riesgo para el orden público, la seguridad o la salud públicas. Todos los requisitos mencionados se encuentran entre los fijados por la normativa Schengen a efecto del cruce de la frontera exterior común, antes por el artículo 5 del Convenio de Schengen y, en la actualidad, por el artículo 20 del Reglamento CE núm. 562/2006, de 15 de marzo, por el que se establece un "Código comunitario sobre el régimen de cruce de fronteras

(44) Esta definición se inspira en la Decisión 1686/98/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 20 de julio de 1998 por la que se establece el programa de acción comunitario "Servicio voluntario europeo para los jóvenes", *DO* L núm. 214, de 31 de julio de 1998, p. 1.

(45) Más benévola en este sentido resulta la legislación estatal española al especificar el artículo 89 del Reglamento de extranjería que "los extranjeros que hayan solicitado un visado de estudios o que se encuentren en España en régimen de estudios regulado en este título podrán solicitar los correspondientes visados de estancias para que sus familiares entren y permanezcan legalmente en España durante la duración de dichos estudios o investigación, sin que se exija un período previo de estancia al estudiante o investigador extranjero, y podrán solicitarse dichos visados de manera simultánea con la solicitud del visado de estudios por el estudiante o investigador, o en cualquier momento posterior, durante el período de vigencia de la autorización de estancia para estudios".

(46) Vid. artículo 9 de la citada Directiva 2005/71/CE.

para las personas"[47]. En concreto, y según se especifica entre los Considerandos de la Directiva, los Estados miembros podrán denegar la admisión cuando consideren que el nacional de tercer país constituye una amenaza, aunque fuese potencial, para la seguridad o el orden públicos. Además de considerar que el orden público puede incluir una condena por la comisión de delitos graves, dada la preocupación actual por la seguridad tal noción abarca asimismo "los casos en los que un nacional de un tercer país pertenezca o haya pertenecido a una asociación que apoye al terrorismo, apoye o haya apoyado a una asociación de ese tipo, o tenga o haya tenido aspiraciones extremistas". Junto a la preocupación por el nivel de seguridad en Europa, en esta Directiva también se encuentra presente el temor ante la inmigración irregular, y en concreto ante la posibilidad que bajo una apariencia de realizar una estancia formativa en la Comunidad se encuentre una inmigración de tipo económica. Ante este riesgo la Directiva 2004/114/CE compele a los Estados miembros que en el caso de que existiesen dudas sobre los motivos de la solicitud, éstos "deben poder requerir todas las pruebas necesarias para evaluar su coherencia, con el fin de combatir cualquier abuso o desviación del procedimiento establecido por la misma" (considerando núm. 15). En efecto, existe una preocupación de que la puesta en marcha de mecanismos que faciliten la entrada en la UE por razones de estudio y formación pueda conllevar el efecto contrario del que precisamente se quiere lograr "la fuga de cerebros del Sur hacia el Norte que ya ha alcanzado una amplitud sin precedentes"[48].

Por su parte, el segundo apartado del artículo 6 especifica que los Estados miembros "facilitarán el procedimiento de admisión a favor de los nacionales de terceros países" que participen en programas comunitarios destinados a favorecer la movilidad con destino a la Comunidad o en la misma. Más allá de la finalidad de esta disposición que pretende agilizar la admisión y residencia de aquellos que participen en programas comunitarios específicos en materia de educación (Sócrates o Erasmus World), de formación profesional (Leonardo) o de voluntariado (Juventud) o en otros programas (ALFA y ALBAN con Iberoamérica o Scholarship 2000 con China), ésta nos invita a una reflexión sobre el grado de discrecionalidad que poseen los Estados miembros para permitir o no la admisión de estos nacionales de terceros países que cumplan los requisitos fijados en la Directiva. Al tratarse de una cuestión de crucial relevancia ha sido abordada de manera específica en el epígrafe cuarto de este trabajo.

Los artículos sucesivos de este capítulo II fijan respectivamente los requisitos específicos que junto con los generales habrán de cumplir cada una de las categorías beneficiarias de la Directiva 2004/114/CE: los artículos 7 y 8 se refieren a los estudiantes; el artículo 9 a los alumnos; el artículo 10 a los aprendices remunerados; y el artículo 11 a los voluntarios. Con respecto a los estudiantes hemos de distinguir diversas situaciones. En primer lugar, la de aquellos nacionales de terceros países que soliciten la admisión en un Estado miembro a efecto de cursar estudios para cuyo fin deberán además de cumplir los requisitos mencionados en el artículo 6, cumplir los fijados en el artículo 7: haber sido admitidos en un centro de enseñanza superior; presentar prueba de que dispone de recursos suficientes para cubrir sus gastos de subsistencia, estudios y regreso; y en el caso de que el Estado miembro lo estimase necesario demostrar un conoci-

(47) *DO* L núm. 105, de 13 de abril de 2006, p. 1.

(48) Apartado 1.4 Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión (2002).

miento suficiente del idioma, así como del pago de la matrícula correspondiente. Y, en segundo lugar, la de aquellos estudiantes de terceros países admitidos en la UE con fines de estudio a los cuales el artículo 8 de la Directiva 2004/114/CE les reconoce, cumpliendo una serie de condiciones, un derecho de movilidad que les permitiría la residencia en otro Estado miembro distinto al de la admisión para seguir una parte del programa de estudios que estén cursando o completarlo con uno nuevo. Tales situaciones descritas hemos de diferenciarlas a su vez de la de aquellos nacionales de terceros países que ya residen en la UE para los cuales la presente disposición no contiene ninguna reglamentación; en efecto, dicha posibilidad de traslado a otro Estado miembro por razón de estudio o formación profesional les será reconocida en virtud del artículo 14.2 de la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

D) Permiso de residencia y trato de los nacionales de terceros países interesados

El capítulo III de la Directiva 2003/114/CE bajo el título "Permiso de residencia" fija la duración así como las condiciones de renovación o retirada de los permisos de residencia a favor de cada una de las cuatro categorías. En principio, tales autorizaciones tendrán una duración de un año. No obstante, al tratarse de estudiantes este período es el mínimo con posibilidad prácticamente automática de renovación si el interesado prosigue cursando estudios (artículo 12.1); por el contrario, cuando se refiere a alumnos dicho permiso se considera improrrogable más allá del año (artículo 13), y en el caso de aprendices y voluntarios, sólo se podría renovar más allá del año en circunstancias muy excepcionales (artículos 14 y 15, respectivamente).

Los permisos de residencia otorgados al amparo de esta Directiva 2004/114/CE podrán retirarse o denegarse por los Estados miembros cuando se verifique alguna de las circunstancias señaladas en los apartados primero y segundo del artículo 16. En primer lugar, cuando la autorización haya sido obtenida por medios fraudulentos, o si existieran indicios fundados de que el titular no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos de entrada y residencia exigidos. Además según se concreta en el apartado segundo del artículo 12 los Estados miembros pueden asimismo retirar o denegar la renovación de los permisos concedidos a los estudiantes cuando éstos se excedan en su actividad laboral, en el caso de encontrarse trabajando o bien se constate una evolución académica insuficiente que, si bien precisa el artículo deberá ser de conformidad con la legislación o praxis administrativa nacional, le corresponderá en la práctica realizarla al centro de enseñanza en el que se encuentre inscrito. Y, en segundo término y tal como es habitual en toda legislación de extranjería, los Estados miembros siempre mantendrán la potestad de retirar o denegar dicha renovación por razones de orden público y de seguridad o salud públicas.

El capítulo IV de la Directiva 2003/114/CE bajo el título "Trato de los nacionales de terceros países" sólo aborda la cuestión del ejercicio de actividades económicas por parte de los estudiantes. En la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión en el año 2002 dicho capítulo, que entonces se denominaba "Derechos de los nacionales de terceros países", incluía además una

disposición que precisaba el derecho que lógicamente tienen los titulares de los permisos de residencia expedidos de conformidad con la presente Directiva a entrar y residir en el territorio del Estado miembro que haya realizado la concesión. Dicha disposición, de la cual queda un reducto en el considerando número 17 de la Directiva, se incluyó ya que numerosos Estados miembros sólo expiden los permisos de residencia una vez que el extranjero se encuentra en su territorio y exigen en consecuencia un visado para estancias de larga duración para su primera entrada.

Centrándonos de nuevo en el actual artículo 17 de la Directiva 2003/114/CE, atendiendo al tenor de éste los estudiantes tendrán derecho durante su residencia a ejercer una actividad por cuenta ajena o propia. Si bien la Directiva utiliza la fórmula taxativa de que "los estudiantes tendrán derecho a trabajar" y con ello podría pensarse que estamos ante una prerrogativa de carácter absoluta, nada más lejos de la realidad; *sensu contrario*, se prevé que los Estados miembros controlen e incluso mermen *in extremis* dicha posibilidad. En efecto, por una parte los Estados miembros podrán limitar dicha opción atendiendo a su situación nacional de empleo, y asimismo serán éstos los que fijarán el número máximo de horas que podrán trabajar. En el caso de España, el artículo 90 del Reglamento de la LO 4/2000 (RELOEXIS)[49] exime a los estudiantes del cumplimiento de uno de los requisitos exigido a todo nacional de tercer país que desea trabajar en territorio español, es decir en el supuesto de encontrarse residiendo gracias a un permiso de estudios no se tendrá en cuenta "la situación nacional de empleo" con el fin de otorgar la preceptiva autorización. Según especifica el artículo 90.2 RELOEXIS, la jornada laboral de los estudiantes extranjeros deberá ser a tiempo parcial, salvo cuando la actividad no coincida con los períodos lectivos que podrá ser a tiempo completo con un máximo de tres meses. Por otro lado y con respecto a los trámites que puedan imponerse para el ejercicio de actividades económicas por los estudiantes, los Estados miembros podrían exigir igualmente determinadas formalidades previas. Con carácter general, en el caso de la legislación española es preceptivo que el empleador presente la solicitud de autorización de trabajo, que se exceptúa sólo en dos casos: a) para aquellas prácticas que formen parte del plan de estudios para el que se otorgó el visado de estudios y se produzca en el marco de los correspondientes convenios de colaboración con el centro docente (artículo 90. 1 *in fine* RELOEXIS); los licenciados extranjeros en Medicina y Cirugía, Farmacia, Psicología, Ciencias Químicas y Ciencias Biológicas que estén en posesión del correspondiente título español o extranjero debidamente homologado y realicen estudios de especialización en España (artículo 91 RELOEXIS).

E) Procedimiento y disposiciones finales

El capítulo V de la Directiva 2004/114/CE bajo el título "Procedimiento y transparencia" aborda a lo largo de sus dos disposiciones, por un lado, una serie de garantías procesales en cuanto a la decisión relativa a la obtención o renovación del permiso de residencia (artículo 18) y, por otro,

(49) 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.

hace referencia a la instauración de un procedimiento acelerado de expedición de los permisos de residencia o visados de estudiantes y alumnos (artículo 19). Con respecto a las garantías procesales esbozadas, llama la atención el escaso interés por parte del Consejo a la hora de elaborar un elenco de instrumentos que efectivamente avalen los derechos de los nacionales de terceros países que solicitan un permiso de residencia al amparo de esta Directiva. En efecto, si comparamos la versión dada por la Comisión en su Propuesta de Directiva en el año 2002 y el texto definitivamente aprobado no hay duda que las garantías procesales han sufrido un considerable menoscabo[50].

En primer lugar, el actual artículo 18 limita su ámbito de aplicación a la decisión relativa a "la obtención o renovación del permiso", mientras que la Propuesta de la Comisión se refería a "toda decisión de rechazo, modificación, no renovación o retirada". En segundo lugar, el texto definitivamente aprobado ha prescindido del plazo máximo fijado de 90 días con el fin de adoptar y comunicar al solicitante las decisiones sobre las mencionadas solicitudes de admisión o renovación. No obstante, la omisión de dicho plazo no afectará a aquellos estudiantes de terceros países que deseen cursar estudios en España, así el RELOEXIS en su artículo 87.5 in fine fija un plazo máximo de un mes para que la misión diplomática u oficina consular resuelva sobre la solicitud y expida, en su caso, el visado de estudios. Cuando se trata de la renovación de la autorización por estudios, la legislación española insta al interesado a que presente su solicitud lógicamente antes de que se produzca su expiración[51]. Y en tercer lugar y sin duda lo más preocupante, el actual artículo 18 de la Directiva 2004/114/CE se limita a compeler a los Estados miembros que en el caso de decisiones de desestimación éstas deberán ser notificadas al interesado e indicarán los posibles recursos a que tenga derecho y sus plazos de interposición. Con ello desaparece toda obligación por parte de las autoridades competentes de los distintos Estados miembros de motivar dicha decisión, suprimiendo así el tenor del artículo 20 de la Propuesta de la Comisión que exigía que tal desestimación se basase en "criterios objetivos y comprobables". Con respecto a esta cuestión, la legislación de extranjería no es más benévola, así su artículo 27 dedicado a la expedición del visado especifica en su apartado sexto que "la denegación deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena", omitiendo alusión alguna al visado de estudios.

Complementa este artículo 18 relativo a las garantías procesales, un artículo 19 que prevé la posibilidad de concluir convenios relativos a instaurar un procedimiento de admisión acelerado en cuyo marco los permisos de residencia se entregarán en nombre del nacional de un tercer país, entre la autoridad competente de la entrada y acceso del respectivo Estado miembro, por una parte, y un centro de enseñanza superior o profesional o que gestione programa de intercambio de alumnos, por otra. De este modo, el Consejo en su versión definitiva de esta Directiva 2004/114/CE ha decidido prescindir de dos artículos que sí aparecían en la Propuesta de la Comisión, uno relativo a la cuantía máxima de las tasas administrativas en cuanto al trámite de las solicitudes[52], y otro que bajo el título de "transparencia" compelía a cada Estado miembro a

(50) Vid. artículo 20 de la Propuesta de Directiva de la Comisión.

(51) Vid. artículo 88.2 RELOEXIS.

(52) Vid. artículo 22 de la Propuesta de la Comisión.

dar la máxima difusión sobre las posibilidades existentes para los nacionales de terceros países con el fin de estudiar en sus centros de enseñanza[53].

Finalmente, el capítulo VI de la Directiva 2004/114/CE establece una serie de "Disposiciones finales": 1) Se fija la obligación de la Comisión de informar periódicamente, y por primera vez a más tardar el 12 de enero de 2010, sobre la aplicación de la presente Directiva por los Estados miembros (artículo 21); 2) Se precisa la fecha de 12 de enero de 2007 como la máxima para que los Estados miembros adapten sus disposiciones legales y administrativas a lo establecido en la presente Directiva (artículo 22), si bien éstos no estarán obligados a expedir los preceptivos permisos de residencia hasta dos años después de la mencionada fecha, es decir el 12 de enero de 2009 (artículo 23); 3) Se aclara que los Estados miembros no están obligados a tener en cuenta el tiempo de residencia por razones de estudios, voluntariado, intercambio, etc. a efecto de la concesión de otros derechos (artículo 24)[54]. Con respecto a esta última cuestión, la legislación española tras la modificación producida a la LO 4/2000 mediante la LO 8/2000 dejó de considerar a la permanencia por razones de estudio como un tipo de residencia con las consecuencias que ello conlleva, sobre todo, de la no consideración de este período a efecto del cómputo para lograr la residencia permanente en España[55]. En último lugar, señalar que en la versión última de esta Directiva aprobada por el Consejo se decidió eliminar dos disposiciones finales: una que incluía una "cláusula-tipo de no discriminación" por motivos de sexo, raza, color, origen social, lengua, etc.[56], y otra que bajo el título "sanciones" dejaba a los Estados miembros el régimen y eficacia de las mismas[57].

IV. SOBRE EL NIVEL DE DISCRECIONALIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN CUANTO A LA ADMISIÓN Y RESIDENCIA AL AMPARO DE LA DIRECTIVA 2004/114/CE

A la luz del articulado de la Directiva 2004/114/CE se plantean dos incógnitas relativas al nivel de discrecionalidad que mantienen los Estados miembros en relación, por un lado, a controlar el volumen de personas que accederán al territorio comunitario bajo esta Directiva, y por otro,

(53) Vid. artículo 23 de la Propuesta de la Comisión. No obstante, si bien esta disposición específica sobre "transparencia" fue omitida del texto principal de la versión definitiva de la Directiva 2004/114/CE se ha mantenido una alusión a la misma en su considerando número 22.

(54) Se continúa así la línea apuntada por la Unión Europea en la citada Resolución de 30 de noviembre de 1994 relativa a la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros con el fin de realizar estudios que de manera concluyente señala que:"El Consejo conviene en que, en principio, tras haber finalizado sus estudios los estudiantes han de regresar a sus países de origen y que el Consejo considera que conviene evitar en principio que la admisión, limitada en el tiempo, de nacionales de terceros países para realizar estudios en los Estados miembros conduzca a un establecimiento permanente".

(55) Según sienta el artículo 85.2 RELOEXIS "El visado de estudios habilita al extranjero a permanecer en España en *situación de estancia* para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación" (las cursivas son mías).

(56) Vid. artículo 24 de la Propuesta de la Comisión de 2002. Si bien con la actual versión de la Directiva 2004/114/CE esta cláusula de no discriminación ha desaparecido del articulado principal existe una alusión a la misma entre los Considerandos, en especial en el cuarto y el quinto.

(57) Vid. artículo 25 de la Propuesta de la Comisión de 2002.

sobre la posibilidad de fijar otras condiciones distintas a las fijadas en aras a permitir el acceso y la residencia. Con el objetivo de aportar luz a esta doble incógnita, el punto de partida ha de ser necesariamente el propio tenor de la Directiva 2004/114/CE.

En primer lugar, y según se deriva del artículo 3 relativo al ámbito de aplicación, la única categoría con respecto a la cual están obligados a llevar a cabo su implementación los Estados miembros es la de "estudiantes", en relación al resto "alumnos de escuela", "voluntarios" y "aprendices", éstos son libres de hacerles extensivo o no las posibilidades de admisión fijadas por la Directiva. Con el tenor "los Estados miembros podrán asimismo decidir aplicar" se mantiene intacta la discrecionalidad de éstos con respecto a categorías distintas a los estudiantes. Una vez resuelta esta primera incógnita, con el fin de concretar el nivel de discrecionalidad estatal hemos de cuestionarnos asimismo si los Estados miembros son igualmente libres para fijar las condiciones que crean oportunas para dicha admisión o residencia o, *sensu contrario*, deben ceñirse a las fijadas en los artículos 5 a 11 de la Directiva 2004/114/CE. Con respecto a esta cuestión, la Directiva en su artículo 4 sólo alude a la potestad que mantienen los Estados miembros de fijar condiciones más favorables bien fruto de acuerdos bilaterales o multilaterales, o simplemente atendiendo a su propia legislación interna.

Cuando se trata de la posibilidad de fijar condiciones o requisitos adicionales cuya finalidad explícita o no es limitar el acceso y la residencia de los nacionales de terceros países, desde mi parecer tenemos que seguir distinguiendo según se trate o no de una admisión por razones de "estudio". Así pues, si se atiende al tenor del capítulo II a la hora de fijar los requisitos para la admisión se insiste exclusivamente en que ésta "estará sujeta a" o que el nacional de tercer país "deberá" cumplir una serie de requisitos, sin que ello se traduzca en ninguna obligación por parte de los Estados miembros ante la verificación de tal cumplimiento. Dicho tenor sólo cambia en los artículos 8 y 12, así pues cuando el estudiante pretenda desplazarse a otro Estado miembro para continuar su formación o solicite la renovación del permiso de residencia, se utilizan expresiones como "será admitido" o "le será expedido un permiso". Atendiendo a dichas expresiones y en comparación con el distinto tenor empleado con las otras categorías, parece claro que los Estados miembros no deben cuestionar y, por tanto, estarían obligados a permitir la movilidad de aquellos estudiantes que cumplan los requisitos, así como a renovarles sus permisos de residencia si las condiciones en tanto que estudiantes se mantienen. Asimismo habría que entender que los criterios y condiciones de admisión fijadas por la Directiva en los artículos 6 y 7 conforman una lista exhaustiva y fija donde la discrecionalidad estatal no tendría cabida.

Otra cuestión que se plantea estrechamente relacionada con las obligaciones que deben asumir los Estados miembros con respecto a esta Directiva 2004/114/CE es si éstos han asumido el compromiso de permitir la entrada y la residencia a los nacionales de terceros países beneficiarios de la presente disposición. Si atendemos al artículo 6 que fija las condiciones generales de admisión, su apartado segundo especifica que los Estados miembros "facilitarán el procedimiento de admisión" a favor de los nacionales de terceros países contemplados en los artículos 7 a 11 que participen en programas comunitarios destinados a favorecer la movilidad. Y nos planteamos si esto quiere significar que con independencia de que los interesados cumpliesen los requisitos generales además de los específicos para su categoría ¿los Estados miembros no

se encuentran en la obligación de admitirlos? ¿Sólo tendrían "cierta obligación" para con aquellos cuya movilidad se circunscriba en un programa comunitario específico para ello? Pese a la vaguedad de tales disposiciones, estimamos que existe una obligación implícita de asegurar la entrada y residencia de todos aquellos nacionales de terceros países que cumplen los criterios de admisión fijados por la Directiva 2004/114/CE, de lo contrario ésta perdería prácticamente todo su efecto útil. En la jurisprudencia comunitaria existe un precedente para la interpretación de la noción "facilitar" en la Sentencia de 25 de julio de 2002 *MRAX*, en relación a la admisión de nacionales de terceros países, cónyuges de nacionales comunitarios[58]. En este supuesto el TJUE especificó que "otorgar facilidades" significaba que "los visados se expedirán en la mayor brevedad posible" e incluso posibilitando "la obtención de éstos en los lugares de acceso al territorio nacional"[59]. Lógicamente, tampoco podemos obviar que en el caso *MRAX* el TJUE argumenta que dicha facilitación debe conllevar necesariamente la admisión "habida cuenta de la importancia que el legislador comunitario reconoce a la protección de la vida familiar" donde la denegación de entrada supondría, en cualquier caso, "una medida desproporcionada y, en consecuencia prohibida (...)"[60]. En definitiva, para saber con certeza el alcance de la obligación fijada para los Estados con relación a los beneficiarios de la Directiva 2004/114/CE habrá que esperar, en primer lugar, a cuál será el alcance dado por la normativa de desarrollo elaborada por los distintos Estados miembros, y en segundo término, ante criterios restrictivos de admisión, si el TJUE se inspirará en las interpretaciones dadas en el ámbito de la libre circulación de personas o preferirá optar por declarar el carácter meramente programático de tales preceptos.

(58) Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2002, asunto C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX),* rec. 2002, p. 6591.

(59) *Ibíd.*, apartado 60.

(60) *Ibíd.*, apartado 61.

Juan Antonio Pavón Pérez

Profesor Asociado de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Extremadura
Abogado del ICAC

V

La propuesta de Directiva relativa al retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en la Unión Europea: ¿un difícil juego de prestidigitación camino de la armonización de procedimientos y normas comunes?

RESUMEN

LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA AL RETORNO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES QUE SE ENCUENTREN ILEGALMENTE EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿UN DIFÍCIL JUEGO DE PRESTIDIGITACIÓN CAMINO DE LA ARMONIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS Y NORMAS COMUNES?

El presente artículo analiza la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo presentada por la Comisión el 1 de septiembre de 2005, relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio. Este artículo concluye haciendo referencia a las reacciones que ha suscitado el contenido de la propuesta.

ABSTRACT

THE PROPOSAL FOR A DIRECTIVE CONCERNING THE RETURN OF IMEGALLY. STAYING THIRD-COUNTRY NATIONALS

This article analyses the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council adopted by the Commission on 1 september 2005, concerning the common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals. The article also analyses the objections that have recently raised in relation to the contents of this Proposal.

Juan Antonio Pavón Pérez
V

SUMARIO

I. Introducción.

II. El complejo proceso de gestación de la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales.

III. Objetivos, ámbito de aplicación y base jurídica de la Directiva.

IV. El contenido de la Directiva. A) La finalización de la estancia ilegal: Decisión de retorno, orden de expulsión y prohibición de reingreso. B) Las garantías jurídicas en la adopción de las decisiones de retorno y de las órdenes de expulsión. C) El internamiento temporal a efectos de expulsión. D) La interceptación en otro Estado miembro de un nacional de un tercer país en situación de ilegalidad. E) El tratamiento de los menores no acompañados en la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales.

V. La dimensión exterior de la política europea de retorno de nacionales de terceros países: la necesaria celebración de acuerdos de readmisión.

VI. La dimensión financiera de la política común de retorno de inmigrantes ilegales: la clave de la bóveda.

VII. La previsible recepción de la Directiva de retorno en el Derecho interno español.

VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro propósito primordial no es otro que abordar a continuación aquellos trazos más relevantes esbozados por la reciente y controvertida propuesta de *Directiva relativa a los procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio*. En el momento de cerrar este trabajo todavía no se ha producido la publicación de la Directiva en el Diario Oficial de la Unión Europea. Aún así, la entrada en vigor del texto normativo está prevista para el 2010, de tal modo que los Estados miembros tendrán finalmente veinticuatro meses para adaptarse a sus disposiciones frente a los treinta seis meses inicialmente previstos por la propuesta de la Comisión Europea.

Ni que decir tiene que el fenómeno de la migración internacional ha llamado poderosamente la atención de la Organización europea desde fechas no precisamente recientes. Tanto es así que el discurso político en torno a la inmigración en la Unión Europea tiene un marcado ca-

rácter institucional[1], lo que viene a condicionar el *iter* legislativo de las normas a adoptar en la materia y, sobre todo, su resultado final, pues éste sólo va ser posible, en un buen número de ocasiones, mediante dificultosos compromisos pactados por las instituciones implicadas. No es de extrañar, por tanto, que la doctrina se haya ocupado de la cuestión de manera más o menos detallada[2].

A día de hoy, se mantiene más vivo que nunca el propósito de la Unión Europea, ya anunciado suficientemente, de instituir una política común de inmigración y asilo. Arropada bajo el manto protector de la coherencia, la complementariedad y la proporcionalidad, dicha política comunitaria tiene como principales ejes de actuación la creación de un sistema común de asilo, una política de inmigración legal y la lucha contra la inmigración ilegal. En este sentido, y referido al tercer eje ahora enunciado, la política de retorno es consustancial, sin duda alguna, a la lucha contra la inmigración clandestina. Es así que éstos son los parámetros mínimos que tomaremos en consideración a los efectos de examinar la conocida como Directiva de retorno de inmigrantes ilegales.

Sea como sea, y a modo de precedente de la preocupación de los Estados miembros por el fenómeno referido, una buena muestra de la intensificación de la cooperación transfronteriza entre ciertos Estados miembros de la Unión Europea en la lucha contra la inmigración ilegal es el *Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal*, siendo así que éste fue ratificado por España a finales de 2006. Dicho tratado internacional establece precisamente en su artículo 23 el apoyo de las Partes Contratantes en caso de repatriación.

Ahora bien, la voluntad política expresada por las Instituciones de la Unión Europea en toda una pléyade de medidas legislativas y no legislativas incide, con rotundidad, y quizás como no pudiera ser de otro modo, en el *desideratum* de controlar los flujos migratorios como una prioridad sustancial a la política comunitaria de inmigración y asilo que se pretende instituir. No obstante, ese discurso político sobre el control de los flujos migratorios, que tiene como referente ineludible la lucha contra la inmigración clandestina por medio de una política de retorno eficaz, duradera y estable, y que está basado en el fortalecimiento de los instrumentos de cooperación internacional, y, por consiguiente, con una trascendente dimensión exterior y una pretendida dimensión financiera, se quiere hacer depender, de inmediato, del halo del

(1) Véase R. ZAPATA-BARRERO, E. GONZÁLEZ y SÁNCHEZ MONTIJANO: El discurso político en torno a la inmigración en España y en la Unión Europea, *Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración,* núm. 16, 2008, p. 234.

(2) Con carácter general, y sin ánimo de ser exhaustivos, véanse, entre otros, los siguientes trabajos: I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, V.L. GUTIÉRREZ CASTILLO: *Derecho de la Unión Europea sobre inmigración y* asilo, Dykinson, 2006; J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES: *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002; J. GARCÍA VARELA: "Políticas de inmigración en la Unión Europea: Rótterdam y Estocolmo", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, 2002, pp. 113-122; AA.VV. (coord. C. ESCOBAR HERNÁNDEZ): *Asilo y extranjería en España y la Unión Europea,* Colección Escuela Diplomática, núm. 3, Madrid, 1998; D. TERRÁDEZ SALOM: "La evolución de la política comunitaria de inmigración a través de los Consejos Europeos", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 16, 2007, pp. 73-88; K. HAILBRONNER: "European immigration and asylum law under the Ámsterdam Treaty", *CMLR*, vol. 35, 1998-5, pp. 1047 y ss. E. CRESPO NAVARRO: "The Incipient Immigration Policy of the European Union and Regularisation of Aliens in Spain", *SYIL*, *Vol*. X, 2004.

respeto con los derechos humanos y libertades fundamentales en aquellas acciones comunes que adopte la Unión Europea, tal y como están establecidos los derechos de los inmigrantes en el Derecho Comunitario[3] y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[4].

Como quiera que sea, en el tratamiento de la política de retorno de nacionales de terceros países, como pieza clave de la lucha contra la inmigración legal instituida por la Unión Europea, el fiel de la balanza ha de hallarse equilibrado, de tal modo que esas pretensiones avanzadas por los Estados miembros no supongan menoscabo alguno de los derechos humanos y libertades fundamentales de los inmigrantes afectados por ciertas medidas coercitivas restrictivas de sus derechos más irrenunciables.

En la dirección apuntada, no deja de ser ciertamente esclarecedor la postura crítica mantenida por el Consejo de Europa respecto a la adopción de la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales. El Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el 4 de mayo de 2005 "*Veinte directrices sobre el retorno forzoso*", siendo así que conforme a las normas emanadas de la propia Organización, ésta se ha mantenido especialmente crítica con buena parte de las disposiciones establecidas en la futura Directiva. Ello, a su vez, ha provocado las encendidas protestas de la Unión Europea por entender que en todo momento quedan a salvo, con suficiencia, los derechos de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en el territorio de cualquiera de los Estados miembros desde la perspectiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Asimismo, en el ámbito de la familia de Naciones Unidas, la Organización Internacional de Migraciones (OIM) ha propiciado un marco de referencia adecuado para una política de Migración del retorno que no se puede obviar en modo alguno. Hablamos del Diálogo Internacional sobre la Migración[5], que en 2008 tiene precisamente como temática general la "Migración de Retorno: Desafíos y Oportunidades". Ni que decir tiene que el instrumento aquí analizado será objeto de atención en el seno de la OIM y de Naciones Unidas, sobre todo, a raíz de las primeras

(3) A.G. CHUECA SANCHO: "La Carta de Derechos Fundamentales, la inmigración y el asilo en la reforma del tratado de la Unión Europea: un breve apunte", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 15, 2007, pp. 185-194; y, del mismo autor, "Los derechos humanos de los extranjeros en Europa: entre el respeto y la discriminación", *La inmigración, una realidad en España*, coord. por Centro Pignatelli, Seminario de Investigación para la Paz; Jesús María Alemany Briz (aut.), 2002, pp. 237-262; J.J. MARTÍN ARRIBAS: "El derecho de asilo y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una perspectiva plurisdiciplinar* (coord. por A. HERRERO DE LA FUENTE), 2003, pp. 137-171; J. HANDOLL: "Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives", *Common Market Law Review*, *Vol.* 43, núm. 4, 2006, pp. 1206-1208.

(4) A.G. CHUECA SANCHO: "El *ius migrandi* en el derecho internacional de las migraciones", *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*. coord. por M. BALADO RUIZ-GALLEGOS, 2008, pp. 753-778 y, del mismo autor "Derecho internacional público y Relaciones Internacionales: La Comisión de Derecho internacional examina el tema ¿expulsión de los extranjeros?, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57, núm. 2, 2005, pp. 1110-1112.

(5) El Diálogo Internacional sobre la Migración inició su andadura en el año 2001 con el objeto de ofrecer un foro informal a los Estados miembros y Observadores de la OIM, así como a las Organizaciones internacionales y no gubernamentales para el intercambio de opiniones y experiencias en el ámbito de la migración con el propósito de fomentar una mayor cooperación internacional.

reacciones de los Jefes de Estado y de Gobierno de la mayor parte de los Estados latinoamericanos –tales como Venezuela[6], Uruguay, Paraguay, Brasil, Argentina, Ecuador, Perú y El Salvador–, a la adopción del acuerdo alcanzado por el Parlamento Europeo y el Consejo. Los calificativos son ciertamente elocuentes, sirvan a modo de ejemplo, los de la "Directiva de la vergüenza" o la "Directiva del bochorno".

Sea como fuere, es este último precisamente uno de los aspectos más contestados por la opinión pública y por las organizaciones no gubernamentales defensoras de los derechos de los inmigrantes, siendo así que estas últimas se han posicionado, con claridad meridiana, en contra de ciertas de las disposiciones recogidas en la Propuesta Directiva de retorno de inmigrantes ilegales presentada por la Comisión Europea. No es de extrañar por tanto que ésta sea una de las cuestiones fundamentales objeto de consideración en las líneas que siguen. Desde el punto de vista anunciado, la posición defendida por la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo, en tanto que principales instituciones de la Unión Europea involucradas en la adopción del texto normativo, ha distado mucho de ser pareja.

Por otro lado, resulta comprensible que esta Directiva no puede entenderse sin ponerla en estrecha relación, entre otras muchas, con otras normas emanadas en la materia y otras que se encuentran en la actualidad en proceso de elaboración en el seno de la Unión Europea. Respecto a estas últimas, la propuesta de Directiva de retorno se une a otras dos dedicadas a la promoción de la inmigración cualificada a través de una "tarjeta azul" o la que podría multar a los empresarios que empleen inmigrantes ilegales. Con ello queremos dejar bien sentado la idea de que esta Directiva no dejar de ser un eslabón más de la pretendida e incipiente política europea de inmigración común.

En resumidas cuentas, y para dar por terminadas estas consideraciones introductorias, la polémica se ha instalado de inmediato, como por otra parte era de esperar, en aquellos países de los que son originarios la mayor parte de los inmigrantes ilegales que se verán afectados por la aplicación de la futura Directiva. Como hemos apuntado no habrá que perder de vista la dimensión exterior de la política europea de retorno. Los interrogantes que se le plantean a la Unión Europea a la hora de afrontar la verdadera dimensión del fenómeno del retorno aparecen tratados, ya veremos si con mayor o menor acierto, en la propuesta de Directiva de retorno de inmigrantes ilegales. Basten unos datos para ilustrar la situación a la que se enfrenta el viejo continente. La Comisión Europea estima que hay hasta ocho millones de inmigrantes ilegales en la Unión Europea. Más de 200.000 fueron arrestados en la UE en la primera mitad del año 2007, pero fueron expulsados menos de 90.000.

En definitiva, ¿cuál es la función que está llamada a desempeñar la cooperación interestatal a nivel europeo y bilateral a fin de encauzar la migración del retorno para el desarrollo y, en particular, los programas de migración circular? ¿Qué instrumentos innovadores pueden utili-

(6) Según el Presidente Venezolano, Hugo Chávez, "Vamos a ver si es que van a meter presos a los indocumentados porque son millones, tendrán que hacer campos de concentración. ¿Volverán los campos de concentración nazis o fascistas a Europa? ¿Será Europa tan indigna para retornar a los campos de concentración, para meter allí a hombres, mujeres, niños y niñas?", *El mundo*, de 20 de junio de 2008.

zarse para alentar el retorno voluntario? Como se puede apreciar a primera vista, muchas son las preguntas y no siempre quizás se tengan las respuestas para todo. El sudoku europeo de la inmigración ilegal y de la política de retorno dista mucho de ser resuelto.

II. EL COMPLEJO PROCESO DE GESTACIÓN DE LA DIRECTIVA DE RETORNO DE INMIGRANTES ILEGALES

Como quiera que sea, no es intención del que escribe ocuparse con detalle del tortuoso y complejo proceso de alumbramiento de esta norma comunitaria, de tal manera que ello posibilitará centrarnos en sus aspectos más relevantes, y a la vez más controvertidos. No obstante, se impone apuntar al menos, siquiera brevemente, los hitos más significativos que han jalonado la gestación del instrumento normativo objeto de análisis.

Después de tres años de extensas y densas negociaciones se ha desembocado, por fin, en la adopción, que no todavía en la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, de la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales. Ya la propia exposición de motivos de la propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea hacía alusión en el 2005 al contexto de la propuesta defendida en el seno de las Instituciones europeas. Desde un punto de vista cronológico, interesa resaltar, al menos, aquellos antecedentes más o menos inmediatos que han hecho posible que vea la luz la Directiva concernida. Como es sabido, la ya conocida como Directiva de retorno vendrá a sustituir a la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

En la dirección indicada, precisamente, hemos de referirnos, como punto de partida de la política europea de retorno, al Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999 donde se pretendió alcanzar un planteamiento coherente en materia de inmigración y asilo, que comprendiese la creación de un sistema común de asilo, una política de inmigración legal y la lucha contra la inmigración ilegal. Unos años más tarde el Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno[7], de 10 de abril de 2002, contempló el fenómeno del retorno como parte integrante de una política comunitaria global de inmigración y asilo. El documento se ocupó de reflejar la conveniencia de una aproximación de legislaciones de los Estados miembros y de una mayor cooperación en el ámbito del retorno, a la vez que anunció los posibles extremos a considerar en una futura propuesta legislativa sobre normas comunes con el propósito primordial de generar un amplio debate al respecto entre los Estados miembros.

La Comunicación de la Comisión relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, de 14 de octubre de 2002, pretendió establecer nuevas medidas, siendo consciente de que:

(7) Sobre las opiniones, más o menos encontradas, que ha producido dicho documento en nuestro país consúltese F. SOLANS PUEYO: "Respuesta de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española al Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, 2002, pp. 305-317.

> "... La acción comunitaria en materia de repatriación sólo dará plenos resultados si se inserta armoniosamente en el contexto de una verdadera gestión del fenómeno migratorio que suponga una consolidación sin ambigüedades de las vías de la inmigración regular y de la situación de los inmigrantes en situación legal, un sistema de asilo efectivo y generoso basado en procedimientos rápidos y que ofrezca el acceso a una auténtica protección para aquellos que lo necesitan, así como un diálogo reforzado con los terceros países a los que conviene hacer cada vez más partícipes de las cuestiones relativas a la migración".

Fruto de esa Comunicación, el Consejo de Ministros de la Unión instituyó su Programa de ayuda al retorno, de 28 de noviembre de 2002. Con posterioridad, el Consejo Europeo de Bruselas, de 4 y 5 de noviembre de 2004, que instituyó el denominado"Programa de La Haya", defendió el establecimiento de una política eficaz de expulsión y repatriación basada en normas comunes para aquellas personas que vayan a ser repatriadas, y ello dejando bien a salvo sus derechos humanos y libertades fundamentales y su dignidad.

De esta manera, la Comisión Europea llevó a cabo su Propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo a principios de 2005. El proceso de adopción de la futura Directiva de retorno de inmigrantes irregulares no hacía sino comenzar. Por su parte, El Parlamento Europeo, y más concretamente, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior elaboró el Informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, de fecha 20 de septiembre de 2007[8]. El ponente fue el eurodiputado alemán del Partido popular Europeo Manfred Weber. Asimismo, expresaron su opinión acerca de la propuesta de Directiva tanto la Comisión de Asuntos Exteriores como la Comisión de Desarrollo del Parlamento Europeo.

Más recientemente, llegamos a la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio. En esta dirección, el compromiso alcanzado por los representantes del Parlamento Europeo y el Consejo fue aprobado por el Pleno de la primera de las instituciones aludidas el 18 de junio, por 369 votos a favor, 197 en contra y 106 abstenciones. En concreto, el texto de la Directiva obtuvo el respaldo del Consejo de Ministros de Asuntos de Justicia e Interior celebrado el pasado 5 de junio –y formalmente en el mes de julio–. Como es conocido, en las enmiendas negociadas con el Consejo de Ministros, el Parlamento Europeo propone, como aspectos más relevantes, un período de retención de seis meses ampliable a doce meses más y la prohibición de reingreso durante cinco años de aquellos inmigrantes en situación de irregularidad que hayan sido expulsados de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

(8) Con anterioridad, téngase en cuenta el Informe sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo con vistas al Consejo Europeo de Salónica relativa al desarrollo de una política común en materia de inmigración ilegal, trata de seres humanos, fronteras exteriores y retorno de residentes ilegales [COM (2003) 323 – 2003/2156 (INI)], de 27 de noviembre de 2003, de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Exteriores. Ponente Hubert Pirker.

El entendimiento final del camino recorrido hasta la consecución del texto definitivo, sólo cobra pleno sentido teniendo muy presente que la adopción de esta Directiva se ha visto supeditada al procedimiento de codecisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 251.2 del TCE. Este procedimiento, que habrá de aplicarse a la totalidad de las cuestiones relativas a inmigración tras la futura entrada en vigor del Tratado de Lisboa, entraña básicamente que el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros actúan como co-legisladores en pie de igualdad, de tal manera que para que finalmente el procedimiento legislativo concluya con el alumbramiento de la Directiva se hace preciso un acuerdo o compromiso común entre ambas instituciones. En el caso de la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales el procedimiento ha finalizado en primera lectura, de tal modo que no ha sido necesario llegar hasta la tercera lectura permitida por la norma.

III. OBJETIVOS, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y BASE JURÍDICA DE LA DIRECTIVA

Una simple ojeada a la declaración que se recoge en los considerandos de la propuesta de Directiva presentada por la Comisión, permite dejar bien sentado que su objetivo no es otro que el establecimiento de procedimientos y normas comunes para el retorno de aquellos nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en territorio de los Estados miembros de la Unión Europea. Más en concreto, y a grandes rasgos, el texto fomenta el retorno voluntario frente al retorno forzoso, establece estándares mínimos para la retención temporal, con períodos máximos de internamiento, e introduce un enfoque común para la prohibición de reingreso en la Unión Europea. El punto de partida para la aplicabilidad de la Directiva propuesta es la "estancia ilegal", cualquiera que sea el motivo o la razón. A saber, ya sea por expiración de un visado, expiración de un permiso de residencia, decisión final negativa sobre una solicitud de asilo, retirada del estatuto de refugiado o entrada ilegal.

Conforme a lo indicado en el considerando vigésimo de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva de retorno de inmigrantes en situación de irregularidad, "dado que el objetivo de la presente Directiva, a saber, el establecimiento de normas comunes sobre retorno, expulsión, uso de medidas coercitivas, internamiento y prohibición de entrada, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la dimensión o a los efectos de la acción, puede lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas de conformidad con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado". Y termina el considerando sentando que "de conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en ese mismo artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo".

Están presentes aquí el principio de subsidiariedad y el principio de proporcionalidad. Por lo que se refiere a este último, la Directiva propuesta pretende establecer principios generales, pero dejando a los Estados miembros la elección de la forma y los métodos más apropiados para dar efectividad a estos principios en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. La propuesta se afana en favorecer los esfuerzos nacionales por las políticas de retorno e intenta duplicar los bríos en la materia. En la dirección apuntada, el propósito de la nueva norma es

conducir a una armonización mínima de los procedimientos que llevan a efecto los Estados miembros en la repatriación de inmigrantes ilegales, ya que en la actualidad sus legislaciones internas son muy dispares en el tratamiento de la cuestión. Esos procedimientos habrán de ser justos y transparentes.

Respecto al ámbito de aplicación, brevemente hay que comentar que la Directiva aprobada se aplicará a los nacionales de países no comunitarios que se encuentren ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y que no se encuentren amparados por una solicitud de residencia o de asilo, tal y como hemos avanzado más arriba. Más en concreto, a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado[9], no se debe considerar que el nacional de un tercer país que haya solicitado asilo en un Estado miembro reside ilegalmente en el territorio del Estado miembro hasta que no sea aplicable una decisión de denegación de la solicitud, o que ponga fin a su derecho de residencia como solicitante de asilo.

En consecuencia, ha de pensarse en aquellos que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, tal y como se establecen en el artículo 5 del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen; o que, por cualquier otra razón, se encuentren ilegalmente en el territorio de un Estado miembro. Quedan excluidos del área de influencia de la presente Directiva, en primer lugar, aquellos nacionales de terceros países que sean miembros de las familias de los ciudadanos de la Unión que hayan ejercido su derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad. En segundo lugar, aquellos que, en virtud de acuerdos celebrados entre la Comunidad y sus Estados miembros, por una parte, y los países de los que sean nacionales, por otra, disfruten de derechos de libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la Unión.

La base jurídica fundamental del texto normativo concernido lo hallamos, por lo tanto, en el Derecho originario, en el artículo 63, punto 3), letra b) del título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, enmarcado en el Espacio de libertad, de seguridad y de justicia, y referido a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. Es por ello que la base jurídica por la que se ha optado presupone un paso más en el desarrollo del acervo Schengen[10]. De hecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados

(9) Véase al respecto, entre otros, el trabajo de C. QUESADA ALCALÁ: "Las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Comentario a la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 12, enero 2007.

(10) Sobre el acervo Schengen existe una vasta literatura de la que merece resaltar los siguientes estudios: F.J. DONAIRE VILLA: *La Constitución y el acervo de Schengen*, Tirant lo Blanch, 2002; M.A. ALCOCEBA GALLEGO: "La subordinación del acervo Schengen al de la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del TJCE de 31 de enero de 2006. AS. C-503/03, Comisión Europea c. España", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 10, 2006; F.J. CARRERA HERNÁNDEZ: *Cooperación policial en la Unión Europea, acervo Schengen y Europol*, Colex, Madrid, 2003; A. VALLE GÁLVEZ: "La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio de libertad, seguridad y justicia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, pp. 41 y ss.

miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, la Directiva viene a sustituir las disposiciones de los artículos 23 y 24 del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen.

IV. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA

Seguidamente examinaremos el contenido de la Directiva siguiendo la sistemática defendida por la Comisión Europea en su Propuesta de Directiva, haciendo especial hincapié en las decisiones de retorno, en las órdenes de expulsión, en las garantías jurídicas de tales decisiones administrativas y/o judiciales, en el internamiento temporal y en el tratamiento de los menores no acompañados. Vayamos pues por partes.

A) La finalización de la estancia ilegal: Decisión de retorno, orden de expulsión y prohibición de reingreso

El capítulo II de la propuesta de Directiva presentada por la Comisión contempla un procedimiento en dos etapas que debe coadyuvar a la finalización de la estancia ilegal. En el considerando quinto de la propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo que realiza la Comisión se pone de manifiesto que, como principio general, conviene aplicar un procedimiento armonizado en dos etapas, que comprende una decisión de retorno, como primera etapa, y, –en caso necesario–, la expedición de una orden de expulsión, como segunda etapa. Sin embargo, continúa apostillando el considerando quinto, que para evitar posibles retrasos procesales, procede permitir a los Estados miembros expedir ambos documentos, la decisión de retorno y la orden de expulsión, en un único acto o decisión.

A mayor abundamiento, tal y como ha puesto de manifiesto la Comisión en su propuesta, en las consultas previas, muchos Estados miembros expresaron su preocupación por el hecho de que el procedimiento en dos etapas pudiera entrañar retrasos de procedimientos. Tomando en consideración esta preocupación, la propuesta se aprestó a aclarar que los Estados miembros son libres de expedir ambos documentos, la decisión de retorno y la orden de expulsión, en un acto o decisión. Ahora bien, tal y como tendremos ocasión de ver de inmediato, las disposiciones sustantivas de este capítulo, y muy especialmente, las referidas a la protección contra la expulsión y la posibilidad del retorno voluntario, habrán de ser respetadas por los Estados miembros, con independencia de que opten entre expedir la decisión de retorno y la orden de expulsión en dos actos o decisiones separados o en un acto o decisión conjuntos.

En relación a la decisión de retorno, ya en el considerando sexto de la propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo presentada por la Comisión se expresa el sentir general de los Estados miembros respecto a la preferencia por el retorno voluntario al forzado y, por lo tanto, conceder un plazo para la salida voluntaria del inmigrante en situación de irregularidad. En el caso de que ello no sea así conviene establecer unas garantías mínimas para el desarrollo del retorno forzado, tomando para ello en consideración la Decisión 2004/573/CE del Consejo,

de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión.

Estos propósitos cristalizan en el artículo 6 de la propuesta de Directiva de la Comisión. La decisión de retorno fijará un plazo para la salida voluntaria de hasta cuatro semanas, a no ser que haya razones para creer que la persona en cuestión pudiera fugarse durante ese período. El plazo establecido por la Comisión ha sido objeto de posiciones encontradas en el seno de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo y en el seno del Pleno del Parlamento Europeo. El ponente del Informe sobre la propuesta de Directiva, el Sr. Manfred Weber, defendió en su enmienda núm. 27 la posibilidad de que los Estados miembros puedan ampliar el plazo para la salida voluntaria durante un período adecuado o puedan abstenerse de fijar un límite de tiempo. Finalmente, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la Propuesta de Directiva cerró el debate estableciendo en el artículo 7, referido a la salida voluntaria, un plazo que puede oscilar entre siete y treinta días.

Ha de traerse a colación, por su interés, el párrafo cuarto del artículo 6 en la medida en que, con determinación, dispone que "no se expedirá ninguna decisión de retorno cuando los Estados miembros estén sujetos a obligaciones resultantes de los derechos fundamentales derivadas, por ejemplo, del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, tales como el derecho de no devolución, el derecho a la educación y el derecho a la unidad familiar. De haberse expedido ya una decisión de retorno, ésta se retirará". A continuación, los párrafos siguientes determinan aquellos supuestos en los que los Estados miembros se abstendrán de emitir una decisión de retorno.

El principio del retorno voluntario pergeñado en la propuesta de Directiva lleva a la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva a adicionar un nuevo artículo 7, en el que de manera autónoma, contempla la salida voluntaria del inmigrante que se encuentre en situación de irregularidad, además de introducir algunas cláusulas de salvaguardia más de las previstas inicialmente por la Comisión Europea, tales como la que manifiesta la factibilidad de prorrogar el plazo de salida voluntaria durante un tiempo prudencial en determinadas circunstancias como la existencia de niños escolarizados y la existencia de otros vínculos familiares o sociales.

Por lo que se refiere a la orden de expulsión, el artículo 7 de la propuesta de la Comisión prevé, de manera ciertamente escueta, que ésta procederá en el caso de que recaiga una decisión de retorno sobre el nacional de un tercer país en riesgo de fuga, o si se ha hecho caso omiso de la obligación de retorno dentro del plazo de salida voluntaria establecido al efecto, siendo así que en ella se especificará el plazo en el que se ejecutará la expulsión y el país de retorno. No puede sorprender a nadie, que se haya incidido en el respeto de los derechos humanos de los individuos afectados por las medida[11]. Una vez más la Resolución legislativa del Parlamento Europeo,

(11) A.G. CHUECA SANCHO: *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Zaragoza, Ed. Egido, 1998; A.G. CHUECA SANCHO: "El Derecho internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 1, 2002, pp. 9-36.

de 18 de junio de 2008, se ha cuidado de añadir cláusulas de salvaguardia. En concreto, destaca el párrafo cuarto del nuevo artículo 8, propuesto por el Parlamento Europeo y por el Consejo a la vista del compromiso alcanzado por ambas instituciones, al precisar que "en los casos en que los Estados miembros utilicen, como último recurso, medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de un nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión, tales medidas serán proporcionadas y no irán más allá de un uso razonable de la fuerza. Se aplicarán de acuerdo con la legislación nacional, de conformidad con los derechos fundamentales y con el debido respeto a la dignidad y la integridad física del nacional de un tercer país de que se trate".

Tal y como ha señalado la Comisión al contextualizar su propuesta en la exposición de motivos, el marco jurídico básico a tener en cuenta para el reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión viene dado por la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales terceros países –que quedaría derogada por la nueva Directiva– y por la Decisión 2004/191/CE del Consejo por la que se establecen los criterios y las modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros.

Respecto al aplazamiento de la decisión de retorno o de la orden de expulsión, una vez más las diferencias, a primera vista, son netamente apreciables entre el texto propuesto por la Comisión Europea en 2005, el Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo de 2007[12] y la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, que recoge el compromiso alcanzado por el Parlamento Europeo y el Consejo.

Asimismo, la propuesta de la Comisión introduce, como medida de acompañamiento de las órdenes de expulsión, la prohibición de reingreso, que impide el reingreso al territorio de los Estados miembros. Con ello se pretende que la europeización de los efectos de las medidas de retorno nacionales tenga efectos preventivos e impulse la credibilidad de un verdadera política europea de retorno. Sea como sea, la duración de la prohibición de reingreso se concretará en cada caso, teniendo en cuenta para ello las circunstancias concurrentes. La regla general es que la prohibición de reingreso no debería exceder de los 5 años, por lo que únicamente podría expedirse por un período mayor en el caso de graves amenazas al orden público o a la seguridad pública. En este orden de ideas, es fundamental que los Estados miembros tengan acceso rápido a la información sobre prohibiciones de entrada expedidas por otros Estados miembros, siendo así que ese intercambio de información se realizará a tenor de lo dispuesto en el Reglamento núm. 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación –conoci-

(12) Es de destacar la enmienda núm. 37 al artículo 8, apartado 2, letra c ter) (nueva) que pretende prevenir, en palabras del ponente del Informe Manfred Weber, toda violación de los derechos humanos como prevé el CEDH en los casos de expulsión colectiva. Efectivamente, tal como ha matizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia en el Asunto Conka, de 5 de febrero de 2002, no es suficiente que haya tenido lugar un examen individual de la situación de la persona en cuestión: se ha de tener en cuenta la manera en que se organiza la expulsión (publicidad, gran número de personas de las misma nacionalidad afectadas, decisiones estereotipadas, etc.) con el fin de garantizar que la expulsión no conduce a una expulsión colectiva. Si sigue habiendo dudas, ha de aplazar la expulsión.

do como SIS II–[13]. Todo ello pretende conducir a un control efectivo de la fronteras exteriores, como es sabido, a través de La Agencia Europea para la Gestión de las Fronteras Exteriores, más conocida, como FRONTEX [14].

B) Las garantías jurídicas en la adopción de las decisiones de retorno y de las órdenes de expulsión

Un aspecto ciertamente relevante de la Directiva lo constituye el sistema de garantías pergeñado por la Comisión Europea en el capítulo III de su propuesta de texto normativo. A tenor de lo dispuesto en su artículo 12, la propuesta establece el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo contra las decisiones de retorno y las órdenes de expulsión, siendo así que éste, o bien tendrá efectos suspensivos, o bien incluirá el derecho del nacional del tercer país a solicitar la suspensión de la ejecución de la decisión de retorno o la orden de expulsión, en cuyo caso, la decisión de retorno o la orden de expulsión se habrá de posponer hasta que se confirme o deje de ser susceptible de recurso con efectos suspensivos.

La citada disposición se preocupa de incidir además en que los Estados miembros han de garantizar que el inmigrante tenga representación, asesoramiento jurídico, asistencia lingüística, y lo que no deja ni mucho menos de ser importante, esto es, la asistencia jurídica gratuita a aquellos que carezcan de recursos económicos suficientes cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar un acceso efectivo a la justicia. Éste fue precisamente uno de los aspectos más controvertidos, esto es, la obligatoriedad de la asistencia jurídica gratuita de los inmigrantes ilegales, que de hecho condujo al rechazo de ciertos Estados miembros, tales como Alemania o Grecia, al aducir no sólo motivos presupuestarios sino también motivos administrativos de gestión, y que sólo pudieron ser salvados dejando su concesión conforme a la legislación interna de los Estados miembros.

En relación con este último extremo, y quizás con mejor técnica legislativa, el texto establecido por la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, es más detallado en relación con las prevenciones establecidas respecto al derecho a la asistencia jurídica gratuita. Ahora bien, de un modo u otro, tal disposición puede quedar vacía de contenido si no va acompañada de la necesaria dotación presupuestaria por el ejecutivo comunitario.

(13) Consúltese, entre otro: F.J. CARRERA HERNÁNDEZ: "El sistema de información de Schengen de segunda generación (SIS II)", *Revista General de Derecho Europeo*, enero de 2008; A. OLESTI RAYO: "Libre circulación de personas, sistema de información de Schengen", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2006, pp. 989 y ss.

(14) M. URREA CORRÉS: "Control de fronteras exteriores y seguridad interna en la Unión Europea: la puesta en marcha de frontex", en *Migraciones y desarrollo*, II Jornadas Iberoamericanas de estudios internacionales, Marcial Pons, 2007, pp. 467 y ss.; FORNER DALAYGUA, (coord.): *Fronteras exteriores de la UE e inmigración en España*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, núm. 33, 2007; C. IZQUIERDO SANZ: "Las fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen", *Anuario de Derecho Internacional*, 2000, pp. 133 y ss.; I. LIROLA DELGADO: "El código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras. Comentario al Reglamento núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 13, 2007; A. VALLE GÁLVEZ: "Las fronteras de la Unión: el modelo europeo de fronteras", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002, pp. 299 y ss.

El artículo 11 de la propuesta de la Comisión viene referido a la forma que habrán de adoptar las decisiones de retorno y de las órdenes de expulsión y al cumplimiento de la asistencia consular que ha de prestar el país de origen del inmigrante. Finalmente, el artículo 13 del texto propuesto por la Comisión detalla las garantías que habrán de disfrutar los inmigrantes irregulares a la espera del retorno.

C) El internamiento temporal a efectos de expulsión

Qué duda cabe que el internamiento temporal de los inmigrantes clandestinos constituye uno de los aspectos más controvertidos de la Directiva analizada. La propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea establece en su capítulo IV, a grandes rasgos, el intento de limitar, en la medida de lo posible, el uso del internamiento temporal, además de vincularlo, como no podía ser de otra manera, al principio de proporcionalidad. Como la propia propuesta de la Comisión ha apuntado, la armonización de las normas nacionales sobre internamiento temporal tiene como objetivo prevenir los movimientos secundarios entre Estados miembros de nacionales de terceros países que se hallen en situación de estancia ilegal sobre las que recaigan las medidas contempladas en la Directiva.

El artículo 14 de la propuesta presentada por la Comisión estipula que los Estados miembros mantendrán en un centro de internamiento temporal al inmigrante irregular sobre el que recaiga o vaya a recaer una orden de expulsión o una decisión de retorno, siempre y cuando haya argumentos fundados para creer que existe riesgo de fuga, y no sea suficiente aplicar medidas menos coercitivas. Como regla general, las órdenes de internamiento temporal serán dictadas por las autoridades judiciales. No obstante, en supuestos de urgencia las órdenes de internamiento temporal podrán ser expedidas por las autoridades administrativas, si bien es cierto que, en este caso, serán confirmadas por las autoridades judiciales en un plazo de 72 horas desde el principio del internamiento temporal.

En cualquier caso, las órdenes de internamiento temporal serán objeto de control jurisdiccional al menos una vez al mes. El último párrafo del artículo 14 recoge la cuestión más discutida del texto normativo, esto es, la posibilidad de ampliación del internamiento temporal por las autoridades judiciales hasta un máximo de dieciocho meses.

A continuación, el artículo 15 propuesto por la Comisión recoge las condiciones del internamiento temporal. Destaca que los Estados miembros garantizarán que los inmigrantes irregulares sean tratados humana y dignamente, con el debido respeto de sus derechos fundamentales y de conformidad con el Derecho Internacional y el Derecho nacional. Además, refleja la especial consideración que habrá que tener con respecto a la situación de las personas vulnerables, de tal manera que se garantizará que no se mantenga a menores sujetos a internamiento temporal en centros penitenciarios comunes. Por otra parte, el último párrafo del artículo 15 preceptúa la visita de las organizaciones internacionales y no gubernamentales a los centros de internamiento temporal, previa autorización, al objeto de proceder a la evaluación de la adecuación de las condiciones de internamiento.

Ahora bien, el Informe del Ponente de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, fue objeto de alguna que otra opinión minoritaria de rechazo, expresada por el Parlamentario Giusto Catania, en el sentido de que los nacionales de terceros países no deben ser objeto de privación de libertad personal conforme a lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales o de pena de prisión a causa de una falta administrativa . Desde el punto de vista que venimos anunciando de mayor énfasis en la defensa del respeto a los derechos humanos de los retornados, el ponente en la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, el Sr. Manfred Weber, llegó a defender en su Informe, al que ya nos hemos referido suficientemente, la creación de un Defensor del Pueblo del Parlamento Europeo para el Retorno[15], propuesta que, como era de esperar, finalmente no ha prosperado.

En la misma dirección apuntada, el Ponente del Informe del Parlamento Europeo propugnó el papel trascendental que estaría llamado a desempeñar la futura Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[16] en relación con el respeto de las disposiciones de la presente Directiva cuando se apliquen en los Estados miembros de la Unión Europea, para lo cual defendió la inclusión en el articulado del texto normativo de un nuevo párrafo en el artículo 17 de la propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea[17].

Igualmente, no ha de desconocerse cuál fue, siquiera a grandes trazos, la opinión expresada por la Comisión de Asuntos de Exteriores del Parlamento Europeo para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior acerca de la propuesta de Directiva. Asimismo, consta en el Informe analizado, la opinión de la Comisión de Desarrollo del Parlamento Europeo para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre la propuesta de Directiva. En ella, la ponente Sra. Marie-Arlette Carlotti incide en que alguna de las disposiciones de la propuesta de Directiva no parecen coincidir plenamente con el principio de proporcionalidad y con el respeto de los derechos humanos. Defiende que para que el retorno se haga en condiciones dignas habrá de utilizar las medidas de detención como último recurso y procurar que la detención sea breve, esté objetivamente justificada y bajo control judicial.

(15) A tenor de la Enmienda 69 el nuevo artículo 16 bis propuesto vendría a señalar que "1. Con el fin de asegurar un retorno eficiente dentro del pleno respeto de los derechos humanos, se creará un Defensor del Pueblo del Parlamento Europeo para el Retorno.

2. Las tareas del Defensor del Pueblo del Parlamento Europeo para el Retorno serán las siguientes:

a) realizar en cualquier momento inspecciones sin previo aviso;
b) recopilar datos e informes sobre las expulsiones conjuntas, y, en su caso, formular recomendaciones;
c) solicitar a los Estados miembros en cualquier momento información o aclaraciones sobre el proceso de retorno.

(16) Sobre la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea véanse, con carácter general, entre otros, A.G. CHUECA SANCHO: "Una aproximación crítica a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 14, 2007, pp. 9-24.

(17) Cfr. Enmienda 71 y su justificación, p. 30.

No es de extrañar que el compromiso alcanzado por el Parlamento Europeo y el Consejo en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, se traduzca en notables modificaciones respecto al texto normativo originario propuesto por la Comisión Europea.

D) La interceptación en otro Estado miembro de un nacional de un tercer país en situación de ilegalidad

El capítulo V de la propuesta de Directiva dedica su único artículo a la interceptación de un nacional de un tercer país. Se aborda en él las situaciones en que un ciudadano de un tercer país que es el destinatario de una orden de expulsión o de una decisión de retorno emitida por un Estado miembro es interceptado en el territorio de otro Estado miembro.

Según lo dispuesto en su artículo 16:

> "Cuando un nacional de un tercer país que no cumpla o que haya dejado de cumplir las condiciones de entrada, tal y como se establece en el artículo 5 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, y sobre el que recaiga una decisión de retorno u orden de expulsión expedida en un Estado miembro (el primer Estado miembro) sea interceptado en el territorio de otro Estado miembro (el segundo Estado miembro), el segundo Estado miembro podrá adoptar alguna de las siguientes medidas:
>
> a) reconocer la decisión de retorno u orden de expulsión expedida por el primer estado miembro y llevar a cabo la expulsión, en cuyo caso los estados miembros se compensarán entre sí por cualquier desequilibrio financiero que pueda originarse, aplicando mutatis mutandis la Decisión 2004/191/CE del Consejo;
>
> b) pedir al primer Estado miembro que vuelva a hacerse cargo sin demora del nacional del tercer país concernido, en cuyo caso el primer Estado miembro estará obligado a cumplir la petición, a menos que uno pueda demostrar que la persona en cuestión abandonó el territorio de los Estados miembros tras la expedición por sus servicios de la decisión de retorno u orden de expulsión;
>
> c) iniciar el procedimiento de retorno conforme a su legislación nacional.
>
> d) Mantener o expedir un permiso de residencia u otra autorización que ofrezca un derecho de estancia por razones de protección, humanitarias o de otro tipo, previa consulta al primer Estado miembro de conformidad con el artículo 25 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen".

El Informe del ponente, Sr. Manfred Weber del Grupo Popular, defendido y debatido en el seno de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, no prestó atención a este extremo. Del mismo modo, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva guarda silencio al respecto.

E) El tratamiento de los menores no acompañados en la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales

Sin duda alguna otra de las cuestiones más debatidas en el seno de las Instituciones europeas ha sido el tratamiento de los menores no acompañados en la propuesta de Directiva. El punto de partida al respecto lo constituye el hecho de que el enfoque de las situaciones conflictivas que puedan generarse en la aplicación de la Directiva deben estar presididas, de manera inelu-

dible, por el concepto jurídico indeterminado "interés superior del niño", tal y como aparece pergeñado en la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989.

El artículo 5 de la propuesta de la Comisión, bajo el epígrafe relaciones familiares e interés superior del niño, preceptúa que, al aplicar la Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta la naturaleza y solidez de las relaciones familiares del inmigrante irregular, la duración de su estancia en el Estado miembro y la existencia de vínculos familiares, culturales y sociales con su país de origen. Ante la propuesta de la Comisión Europea, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, con el ponente del Informe sobre la propuesta de Directiva a la cabeza, ha propiciado un nuevo epígrafe titulado "No devolución, relaciones familiares, interés superior del niño y estado de su salud", dando relevancia con ello a situaciones no contempladas en la propuesta originaria merecedoras en cambio de consideración para el Parlamento Europeo. Se propugna, por consiguiente, en la enmienda 23 un contenido muy distinto para el artículo 5 con mayores precisiones.

Frente a la propuesta de la Comisión Europea recogida en el artículo 5 de la propuesta de Directiva, y ceñida única y exclusivamente al "interés superior del niño", el Parlamento Europeo ha planteado importantes enmiendas al texto articulado. La Comisión Europea determinó, ya en 2005, que no entendía necesario la inclusión en el articulado de la norma de una referencia expresa y autónoma a los menores no acompañados. La referencia a los menores acompañados aparece en el artículo 15 de la propuesta de la Comisión Europea al señalar las condiciones del internamiento temporal. En concreto, prevé el párrafo tercero la separación de los menores no acompañados de los adultos, a menos que se considere, una vez más, que el interés superior del niño aconseje no hacerlo así.

En 2007, el ponente del Informe sobre la propuesta de Directiva, Sr. Manfred Weber, defendió en el seno de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, la adecuada toma en consideración del asunto por la relevancia del tema. Por su parte, en 2008, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo ha ideado una nueva disposición, el artículo 10, en el que presta atención autónomamente al retorno y a la expulsión de los menores no acompañados estableciendo aquellas garantías que se consideran ineludibles al respecto. Además, ha de recordarse que el internamiento de menores y familias se recoge en el artículo 17 de la Resolución legislativa del Parlamento Europea citada.

V. LA DIMENSIÓN EXTERIOR DE LA POLÍTICA EUROPEA DE RETORNO DE NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES: LA NECESARIA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS DE READMISIÓN

La configuración de la política común de retorno de inmigrantes ilegales implica una más que evidente dimensión exterior[18], de tal modo que habrán de conjugarse aspectos ciertamente

(18) Vid. P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: "Marco jurídico de las relaciones exteriores de la UE en inmigración", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007; C. BOSWELL: "The external dimension of EU migration and asylum policy", en *International Affairs*, vol. 79, 2003, pp. 619 y ss.

relevantes tanto de la Política Exterior y de Seguridad Común como del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión. Como se ha indicado, se trataría de integrar las cuestiones vinculadas a la migración en la política exterior. Ya la Comunicación de la Comisión, de 3 de diciembre de 2002, al Consejo y al Parlamento Europeo, relativa a la " Integración de las cuestiones de migración en las relaciones de la Unión Europea con países terceros" incidía, entre otras cuestiones, en el refuerzo de la lucha contra la inmigración clandestina y en el fortalecimiento de la cooperación en materia de retorno de los inmigrantes clandestinos. Sin el propósito de ser exhaustivos, lo cierto y verdad es que se han ido sucediendo con posterioridad nuevas Comunicaciones de la Comisión que atienden a la cooperación con terceros países para mejorar la gestión de los flujos migratorios, y a ellas nos remitimos por evidentes razones de espacio. El Programa temático de cooperación con terceros países en materia de inmigración y asilo establecido en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo en el año 2006 no puede caer en el olvido por su trascendencia.

Ahora bien, como se ha señalado con buen criterio, mientras la Unión Europea sigue elaborando, o mejor dicho, escupiendo literalmente documentos sobre la progresiva y paulatina construcción de la dimensión exterior de una política común en el ámbito concernido, la realidad de la presión migratoria no está sino precipitando la adopción de respuestas de emergencia. De una manera u otra, debe resultar determinante que la adopción de instrumentos de gestión migratoria, entre los que se encuentra la Directiva de retorno de inmigrantes clandestinos, se haga depender de la compatibilidad con las obligaciones internacionales suscritas en materia de derechos humanos. En palabras de otro, "contribuyamos a evitar que el discurso político desdeñe las irrenunciables exigencias del principio de respeto a los derechos humanos, sobre todo respecto de las repercusiones exteriores de cualquier acción emprendida por los Estados miembros y las instituciones de la Unión Europea"[19].

En este de orden de ideas, se ha de reseñar la conveniencia de los acuerdos de readmisión entre la Comunidad y terceros países a fin de hacer factible el proceso de retorno. No puede descuidarse la negociación y conclusión de nuevos acuerdos de readmisión, junto a la adopción de acciones comunes que garanticen el respeto de estos países de la obligación de readmisión de sus nacionales a la vista de las normas de Derecho Internacional vigentes en la materia. No obstante, la propia Comisión ha venido resaltando estos extremos en numerosas ocasiones.

A título de inventario, y sin ánimo de ser exhaustivos, a raíz de la cumbre entre la UE y los países de los Balcanes Occidentales, celebrada el 21 de junio de 2003, más conocida como "Agenda de Tesalónica", las instituciones de la UE iniciaron negociaciones para concluir acuerdos de readmisión con todos los países de la región. De este modo, el Consejo autorizó a la Comisión, el 13 de noviembre de 2006, el inicio de la negociación de un acuerdo de readmisión con Serbia, Bosnia y Herzegovina, Montenegro y la Antigua República Yugoslava de Macedonia, lo que se tradujo finalmente en la adopción de una Decisión del Consejo relativa a celebración de los

(19) L. PERAL: "Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: *Non refoulement,* protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas", en *www.reei.org,* núm. 2006.

acuerdos el 8 de noviembre de 2007. Estos acuerdos se han suscrito y se están negociando en la actualidad con países africanos, latinoamericanos y asiáticos.

Así, se ha señalado en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes entre los Estados, al poner de manifiesto en su considerando séptimo que "la cooperación internacional con los países de origen en todas las fases del proceso de retorno constituye un requisito previo para la consecución de un retorno sostenible".

La posición española al respecto queda patente mediante la intensificación de la conclusión de acuerdos de readmisión de los inmigrantes en situación irregular. La doctrina iusinternacionalista se ha ocupado de reseñar adecuadamente la formulación y el contenido de dichos acuerdos internacionales[20]. En este orden de ideas, bien puede decirse, que la política exterior española va de la mano de la política europea que se quiere establecer al efecto.

Por otro lado, no podemos desdeñar, ni mucho menos, la más que evidente conexión entre la migración de retorno y el desarrollo de los Estados de origen de los nacionales de esos países en situación de ilegalidad. La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 1 de septiembre de 2005, "Migración y desarrollo: orientaciones concretas", es ilustrativa al respecto. Asimismo, ha de tenerse presente la Comunicación de la Comisión al Consejo: "Contribución a la posición de la UE para el Diálogo de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre Migración y Desarrollo, de 2006. Más aún, íntimamente relacionada con las cuestiones objeto de atención, se encuentra la defensa de instrumentos y mecanismos de condicionalidad positiva y negativa en el marco de las políticas europeas de cooperación para el desarrollo. Sin ser el propósito principal del estudio, ha de recordarse que el Consejo Europeo llegó a tomar en consideración propuestas de condicionalidad negativa. En este sentido, España y el Reino Unido propusieron en el marco del Consejo Europeo de Sevilla, de junio de 2002, reducir o eliminar las ayudas al desarrollo a los Estados terceros que no cooperasen con la Unión en la readmisión de personas. La frontal oposición de Suecia, Francia y Luxemburgo evitó entonces que la propuesta se convirtiese en política oficial de la Unión.

En este orden de ideas, valga quizás tomar en consideración la formulación de la cláusula del artículo 13.4 del Acuerdo de Asociación entre los Estados ACP y la Comunidad Europea, más conocido como Acuerdo de Cotonú, como referente ineludible, o modelo a seguir, al señalar que:

> "(...) Las Partes convienen, en particular en garantizar que los derechos y la dignidad de las personas se respeten en todo procedimiento iniciado para conseguir el retorno de los inmigrantes ilegales a su país de origen. A este respecto, las autoridades interesadas concederán las facilidades administrativas necesarias para el retorno.

(20) Vid. T. FAJARDO DEL CASTILLO: "Los acuerdos de readmisión de los inmigrantes en situación irregular celebrados por España", en *Migraciones y desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006 / coord. por Francisco ALDECOA LUZÁRRAGA, José Manuel SOBRINO HEREDIA, 2007, pp. 87-102; C. INTRAND y A.G. CHUECA SANCHO (trad.): "Los acuerdos de readmisión y la política del toma y daca", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, 2003, pp. 301-306.

Las Partes convienen también en lo siguiente:

> i) Cada Estado miembro de la Unión Europea readmitirá y aceptará el retorno de cualquiera de sus propios nacionales que resida ilegalmente en el territorio de un Estado ACP, a petición de este último y sin mediar más trámites;
>
> Cada uno de los Estados ACP readmitirá y aceptará el retorno de cualquiera de sus propios nacionales que resida ilegalmente en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, a petición de este último y sin mediar más trámites.
>
> Los Estados miembros y los Estados ACP proporcionarán a sus nacionales documentos de identidad apropiados a tal efecto. (...)
>
> ii) A petición de una Parte, se iniciarán negociaciones con los Estados ACP encaminadas a celebrar, de buena fe y de acuerdo con los principios correspondientes del derecho internacional, acuerdos bilaterales que regulen las obligaciones específicas de readmisión y retorno de sus nacionales. Estos acuerdos incluirán también, si una de las Partes lo considera necesario, disposiciones sobre la readmisión de nacionales de terceros países y apátridas. Los acuerdos precisarán las categorías de personas afectadas por estas disposiciones así como las modalidades de su readmisión y retorno.
>
> Se concederá una asistencia adecuada a los estados ACP para la aplicación de estos acuerdos".

La opinión de la Comisión de Desarrollo del Parlamento Europeo para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre la propuesta de Directiva es ilustrativa al respecto. Para la ponente de la opinión Marie-Arlette Carlotti, la ayuda a los países en desarrollo no ha de estar sujeta al cumplimiento de las cláusulas de reingreso y a los resultados de la gestión de los flujos migratorios, de tal modo que la responsabilidad de la migración no puede recaer únicamente en los países de origen y de tránsito ni, más especialmente, en los países en desarrollo.

Si se dejan de lado estas consideraciones, es así que los denominados *Programas Europeos de Protección Internacional* (PEPR), esbozados por la Comisión Europea en 2004, aparecen como la expresión principal de la dimensión exterior de la política europea de inmigración y asilo, de tal modo que, entre los contenidos de los PEPR, se encuentran el fomento del retorno de los migrantes, ya sean nacionales del tercer Estado o personas respecto de los cuales el tercer Estado haya sido o pudiera haber sido un país de primer asilo.

En cualquier caso, queda patente que la Comisión propone la simplificación de las repatriaciones al objeto de facilitar las migraciones de retorno, y con ello conseguir una buena integración de los inmigrantes. Para ello la Comisión defiende medidas concretas, tales como la transferencia de los derechos a pensión o el reconocimiento de las cualificaciones profesionales de los retornados. Otra cuestión bien distinta es si ello será factible y dará resultados en un futuro más o menos cercano. La complementariedad y la coherencia de las políticas comunitarias al respecto quedan reflejadas en la acción exterior de la Unión Europea. Como botón de muestra bien puede ser digna de mención la celebración de la Conferencia Ministerial Euro-Africana de Rabat celebrada en el año 2005[21].

(21) Para un análisis más o menos detallado de lo allí acontecido consúltese T. FAJARDO DEL CASTILLO: "La Conferencia Ministerial Euro-Africana de Rabat sobre la inmigración y el desarrollo. Algunas reflexiones sobre la Política de Inmigración de España y de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 25, 2006, pp. 913-943; A.G. CHUECA

VI. LA DIMENSIÓN FINANCIERA DE LA POLÍTICA COMÚN DE RETORNO DE INMIGRANTES ILEGALES CONSTITUYE LA CLAVE DE LA BÓVEDA

La Comisión Europea ha incidido en la dimensión financiera del retorno abanderando la propuesta de establecimiento de un Fondo europeo para el retorno para el período 2008-2013 en tanto que parte integrante del Programa general de solidaridad y gestión de los flujos migratorios de 6 de abril de 2005. Como no puede ser de otro modo, la perspectiva financiera no es ni mucho menos baladí. Ya el Consejo Europeo de Sevilla de 2002 pidió por aquellos entonces un informe sobre la eficacia de los recursos financieros disponibles en el seno de la Unión Europea en materia de repatriación de los inmigrantes y solicitantes de asilo rechazados, de gestión de las fronteras exteriores y de proyectos de asilo y migración en los países terceros.

En cualquier caso, y más recientemente, resulta digna de mención la Decisión 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del Programa general "Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios". El objetivo general del Fondo, conforme a lo estipulado en el artículo 2 de la Decisión, será apoyar los esfuerzos realizados por los Estados miembros para mejorar la gestión del retorno en todas sus dimensiones mediante el uso del concepto de la gestión integrada y disponiendo lo necesario para que los Estados miembros puedan ejecutar las acciones comunes o las acciones nacionales que persigan los objetivos comunitarios con arreglo al principio de solidaridad, teniendo presente la legislación comunitaria en la materia y respetando los derechos fundamentales.

Por su parte, el artículo 3 de la Decisión pone de manifiesto los objetivos específicos del Fondo, señalando que la gestión integrada del retorno incluirá el desarrollo y aplicación por las autoridades competentes de un Estado miembro de planes integrados de retorno que:

> "a) se basen en una evaluación global de la situación en el Estado miembro en cuanto a la población destinataria o a cuestiones específicas relativas al retorno y los retos de las operaciones previstas (tales como los relacionados con la obtención de documentos de viaje y obstáculos de carácter práctico del retorno), teniendo en cuenta, cuando proceda, el oportuno número de expedientes. La evaluación global se realizará en cooperación con todas las autoridades y partes interesadas pertinentes.
>
> b) se propongan la implantación de un amplio abanico de medidas que favorezcan los programas de retorno voluntario de nacionales de terceros países, en particular de aquellos que no satisfagan o hayan dejado de satisfacer las condiciones de entrada y estancia en sus territorios y, cuando proceda, apliquen operaciones de retorno forzoso respecto de estas personas, dentro del pleno respeto de su dignidad y de los principios humanitarios;
>
> c) incluyan una planificación y/o un calendario y, en su caso, prevean mecanismos de evaluación periódica que permitan ajustar la planificación y evaluar el impacto del plan en la práctica; y que

SANCHO: "Mitos, leyes de extranjería y migraciones internacionales en el Mediterráneo", en *El Mediterráneo en la Unión Europa ampliada*, coord. por J.R. FLECHA ANDRÉS y C. GARCÍA NICOLÁS, 2005, pp. 89-116.

d) incluyan, si los Estados miembros lo consideran oportuno, medidas para facilitar la cooperación entre los organismos administrativos, policiales y judiciales competentes, en distintos niveles de gobierno si procede".

El considerando décimo de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva destaca que "con el objeto de fomentar el retorno voluntario, los Estados miembros deben facilitar una mayor asistencia y asesoramiento para el retorno y deben hacer el mejor uso posible de las posibilidades de financiación pertinentes ofrecidas en el marco del Fondo Europeo para el Retorno". Asimismo, el anexo de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo relativo a las declaraciones para el acta del Consejo en el momento de la adopción del texto manifiesta que, de conformidad con la Prioridad 4 de las orientaciones estratégicas para el Fondo Europeo para el Retorno (Decisión 2007/837/CE), la contribución comunitaria podrá incrementarse hasta un 75% para las acciones que garanticen "una aplicación justa y eficaz de las normas comunes sobre retorno" en los Estados miembros.

De ello se colige que las medidas relacionadas con lo dispuesto en el artículo 13, apartado 4 –referido a la asistencia jurídica gratuita– pueden ser cofinanciadas hasta un 75% con cargo al Fondo Europeo para el Retorno. No es de extrañar por lo tanto que la Comisión Europea invite a los Estados miembros a tener en cuenta este hecho a la hora de elegir las prioridades para sus programas nacionales y de programar acciones en virtud de la Prioridad 4 de las orientaciones estratégicas. Desde este punto de vista, el ejecutivo español se ha aprestado ha señalar precisamente la puesta en marcha de un programa nacional de retorno de inmigrantes.

Sea como fuere, la Comisión se compromete a ayudar a los Estados miembros a buscar maneras de atenuar la carga financiera resultante de la aplicación del artículo 13, apartado 4 relativo a la asistencia jurídica gratuita en los Estados miembros en un espíritu de solidaridad. Para terminar, y a modo de conclusión al respecto, la Comisión Europea ha subrayado que, en el marco del Fondo Europeo para el Retorno, existen posibilidades para cofinanciar las acciones nacionales para promover la aplicación del artículo 13, apartado 4, en los Estados miembros.

En resumidas cuentas, la eficacia y efectividad de la política europea de retorno que se pretende configurar queda condicionada, en buena medida, en lo venidero a la partida presupuestaria establecida en los presupuestos anuales de la Unión Europea, claro está que habrá que esperar a comprobar si, en realidad, los gastos comprometidos son los verdaderamente ejecutados o no.

VII. LA PREVISIBLE RECEPCIÓN DE LA DIRECTIVA DE RETORNO DE INMIGRANTES ILEGALES EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

Parece conveniente abordar, si se quiere sin realizar por ello demasiadas conjeturas, cómo se configura en un futuro más o menos cercano, al menos en principio, la recepción de la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales en los ordenamientos internos de los Estados miembros, y muy especialmente, como no podía ser de otro modo, en el ordenamiento jurídico español. El

artículo 18 de la propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea contempla la incorporación de la Directiva a los ordenamientos jurídicos nacionales.

No obstante, con independencia de lo señalado en el artículo 18, cabe plantearse si, tras la entrada en vigor de la Directiva, su transposición exigirá o no la modificación de la legislación española en materia de extranjería. En concreto, nos referimos a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada, como se sabe, por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre[22]. El Gobierno español ya ha adelantado que habrá que adaptar la legislación en materia de extranjería al nuevo contexto que ha de surgir tras la promulgación de la Directiva de retorno de inmigrantes en situación de irregularidad, además de transponer algunas de las últimas directivas comunitarias promulgadas en materia de inmigración[23].

En concreto, el 19 de junio de 2008, al día siguiente de la votación en el Parlamento Europeo de la propuesta de Directiva, tras constituirse la Comisión Delegada del Gobierno para la Política de Inmigración, la Vicepresidenta del Gobierno, María Teresa Fernández de la Vega puso de manifiesto la voluntad del Ejecutivo de presentar una reforma de la Ley de Extranjería antes de que finalice el año, en la que se tomaría en consideración proceder a la ampliación del plazo de 40 días de privación de libertad hasta los 60 días, para disponer de más tiempo para llevar a cabo el proceso de repatriación de los inmigrantes irregulares. El 9 de julio se constituía por primera vez la Conferencia Sectorial de Inmigración en la que se puso de manifiesto la disposición del Gobierno a poner en marcha el plan de retorno voluntario de inmigrantes.

Dejando a un lado las consideraciones vertidas en estos momentos, ni que decir tiene que, desde una perspectiva de derecho comparado, en muchos de los Estados miembros las modificaciones de su legislación interna van a ser de considerable calado al contemplar ciertos de los aspectos regulados por la Directiva de retorno. La propia Directiva se ha preocupado de establecer mecanismos que permitan evaluar el grado de cumplimiento de lo contemplado en su articulado, de tal manera que habrá que tener muy presente ese horizonte temporal, quedando a la espera de posibles propuestas de reforma.

Otro interrogante que se suscita es la factibilidad o no de un posible incumplimiento de la Directiva por España a la luz de las determinaciones establecidas en el texto normativo. En relación con el tratamiento dispensado a los menores no acompañados en la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales no parece apreciable, al menos sobre el papel, vislumbrar indicios de posibles incumplimientos por parte del Estado español. De la posición española respecto al trato que ha de darse a los menores no acompañados en relación con el retorno dan buena

(22) A.G. CHUECA SANCHO: "Ley de Extranjería y tratados internacionales: una violación permanente e internacionalmente comprobada", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 7, 2004, pp. 123-138. Ya con anterioridad y del mismo autor, "La Ley de Extranjería viola directamente cinco tratados internacionales que vinculan a España", *El vuelo de Ícaro,* 2-3, 2001-2002, pp. 237-248.

(23) Véase la Comparecencia de D. Celestino Corbacho Chaves, Ministro de Trabajo e Inmigración, a petición propia para informar sobre las líneas generales de la política de su Departamento, en la Comisión de Trabajo e Inmigración del Senado, celebrada el 30 de junio de 2008 (*Diario de Sesiones del Senado,* IX Legislatura. Año 2008. Comisiones. núm. 39, pp. 5 y 6).

cuenta las intervenciones parlamentarias del Gobierno en las Cortes Generales, siendo así que la política exterior española ha preconizado en estos últimos años la celebración de convenios internacionales específicos en la materia. Notable muestra de ello lo constituyen si se quiere, a modo de ejemplo, el acuerdo sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la inmigración de menores edad no acompañados, su protección y reinserción, firmado el 5 de diciembre de 2006, con Senegal. Del mismo modo, cabe referirse al Protocolo para el desarrollo del acuerdo de cooperación en el ámbito de la protección, repatriación y lucha contra la explotación de los menores rumanos no acompañados, firmado con Rumania el 22 de noviembre de 2007.

En definitiva, la más que previsible reforma de la Ley de Extranjería española, anunciada por el ejecutivo español, tal y como hemos adelantado, vendrá inducida quizás, en mayor proporción, por otras iniciativas legislativas que están siendo debatidas en la actualidad en el seno de las instituciones europeas.

VIII. CONCLUSIONES

Nadie, medianamente juicioso, puede negar la necesidad de adoptar la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio. En este sentido, era preciso armonizar la legislación de los Estados miembros mediante la elaboración de procedimientos y normas comunes caminando, de este modo, hacia una política europea de retorno eficaz, duradera y sostenible, como una pieza más de una política comunitaria de inmigración y asilo centrada, entre otros aspectos ya señalados, en la lucha contra la inmigración ilegal. La Directiva de retorno de inmigrantes ilegales ha pretendido dar pasos en esa dirección y ha introducido algunas cuestiones de relevancia en el Derecho de la Unión Europea, sin embargo, está aún por entrever si son o no acertados los postulados que defiende.

Sea como sea, y alentada por las Organizaciones No Gubernamentales, la duda va a seguir planeando sobre el posible incumplimiento por parte de algunas de las disposiciones de la Directiva de los estándares de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales establecidos por Naciones Unidas y por el Consejo de Europa, sobre todo, cuando llegue el momento de considerar su aplicación práctica. La intensificación de la cooperación internacional con los Estados de origen y de tránsito de los inmigrantes, auspiciada por la Unión Europea, mediante la celebración de acuerdos de readmisión, no ha de conducir, necesariamente, al desentendimiento del respeto a la protección de los derechos humanos establecidos en los principales instrumentos internacionales aplicables en la materia.

Es el momento de tratar de aventurar, cosa que por otra parte parece harto difícil, cuál puede ser el horizonte, más o menos cercano, que puede vislumbrarse en la política de retorno de inmigrantes ilegales auspiciada por la Unión Europea. En relación con las perspectivas de futuro del sistema de retorno de inmigrantes ilegales en la Unión Europea, podemos tomar en consideración el capítulo VII de la propuesta de Directiva de la Comisión, destinado a sus disposicio-

nes finales. A tenor de lo dispuesto en su artículo 17, la Comisión Europea tendrá la obligación de informar periódicamente al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el grado de aplicación de la Directiva en los Estados miembros, de tal modo, que llegado el caso, podrá proponer las modificaciones oportunas para el logro de los objetivos perseguidos. En este sentido, y según el texto adelantado por la Comisión, ésta institución informará por primera vez a los cuatro años de la entrada en vigor de la Directiva. No fue tomada en consideración la propuesta del ponente del Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo acerca de la Propuesta de Directiva que se recogiese un nuevo párrafo en el artículo 17 según el cual:

> "a efectos de la evaluación de las repercusiones de la política de retorno para las personas interesadas así como para el país o la sociedad de retorno, todos los repatriados serán registrados y supervisados con fines estadísticos de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional".

Ahora bien, por lo que se refiere a dicho artículo 17, el Parlamento Europeo ha defendido, en su Resolución legislativa, de 18 de junio de 2008, la reducción del plazo antes referido a tres años en relación con la obligación de información que habrá de suministrar la Comisión –en el nuevo artículo 19–. Además, en estrecha relación con lo establecido en el apartado 4 del artículo 13, relativo a la asistencia jurídica gratuita a los inmigrantes ilegales que hayan de ser repatriados a su país de origen, según la nueva versión del texto normativo propuesto y acordado por el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros, es relevante destacar que la Comisión habrá de evaluar el impacto financiero y administrativo adicional que ocasionará a los Estados miembros ese derecho otorgado a los inmigrantes ilegales.

En definitiva, la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales constituye un paso más hacia delante, nos guste más o menos, en la progresiva y paulatina configuración de una política común de inmigración en la Unión Europea, por muy incipiente que aparezca todavía a la vista de los entendidos en la materia. En la dirección apuntada, el hoy proyecto de Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, debatido en el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior de la Unión Europea, celebrado en Bruselas el 24 y 25 de julio de 2008, estará llamado a desempeñar, qué duda cabe, un papel trascendental en un futuro más o menos cercano. Ese proyecto presentado a los Ministros propone, de entre los cinco compromisos políticos principales, en particular, el de luchar contra la inmigración irregular, garantizando el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular. Como hemos resaltado en la introducción, el sudoku europeo de la inmigración ilegal y de la política de retorno dista mucho de ser resuelto. Sólo el tiempo y la práctica generada por los Estados miembros en la aplicación de la Directiva nos permitirán responder a los interrogantes planteados a lo largo del presente trabajo.

Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 7 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 1122/2004.
Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.
Voz: Concesión de asilo: testigo de Jehová. Cuba.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Su pertenencia a los testigos de Jehová conlleva diversas limitaciones sociales y familiares, estando en la actualidad amenazado por los partidarios del régimen cubano.

"El presente recurso, interpuesto por la representación de don Millán, tiene por objeto la resolución del Ministerio de Interior de fecha 11 de marzo de 2002 por la que se resolvió inadmitir a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo deducida por el hoy recurrente, nacional de Cuba, al concurrir la circunstancia contemplada en la letra b) del artículo 5.6 a la Ley 5/1984 por cuanto el solicitante no alega en su petición ninguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra, habida cuenta de que los motivos invocados hacen referencia a alegaciones de contenido socio-económico como causa generadora de la salida de su país, lo que no constituye una causa de persecución, ni es objeto de protección por la Convención.

(...).

En defensa de sus pretensiones alega, resumidamente que el demandante de asilo se ha visto llevado a la miseria por su tendencia ideológica a raíz de su pertenencia a los Testigos de Jehová, congregación contraria a la política del Comandante Castro, motivo por el cual, comienza a ser acosado por las autoridades, agudizándose esta persecución desde que la seguridad del Estado decide establecer una vigilancia permanente en la iglesia amenazando a sus miembros diciéndoles que si continúan acudiendo a las reuniones de la congregación, serán considerados como personas antisociales, asimismo afirma, que sus manifestaciones son verosímiles. La resolución administrativa resulta meramente rutinaria y falta de motivación, sin que conste en el expediente elemento alguno que contradiga o cuestione la verosimilitud de los hechos alegados por el recurrente.

(...).

Vamos a estimar el recurso de casación.

Esta Sala, haciendo uso de la facultad procesal del artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción, tiene en cuenta el relato íntegro del interesado al solicitar asilo y al pedir el reexamen, no recogidos completamente en la sentencia de instancia. De ese relato resulta la exposición de unos hechos que pudieran ser constitutivos de una persecución protegible por motivos religiosos, referida en términos suficientes como para, al menos, dar lugar a la admisión a trámite de la solicitud. En efecto, el recurrente, en la petición de asilo, expuso que:

«Es testigo de Jehová, donde hace tres años y medio (desde el 99 aproximadamente, su esposa y su hija mayor también son testigos. A su hija no le han dado opción a estudiar carrera porque no participa en los actos oficiales ni a las escuelas de campo, porque es testigo de Jehová. ¿Qué le ha ocurrido a usted por ser testigo de Jehová? le denegaron un puesto de trabajo en año 2001 por no participar en las tareas políticas y demás. En el CDR les investigan, les preguntan por qué no pagan la cuota y no participan de sus actividades. Si pide un puesto de trabajo, le preguntan si pertenece a las organizaciones de masas oficiales, si no pertenece no le dan el puesto de trabajo aunque tenga los conocimientos. ¿Ha

sido detenido alguna vez por ser testigo de Jehová? no. Pero los días que se celebran actos oficiales no pueden los testigos reunirse porque eso va en contra de lo establecido. ¿Ha predicado como testigo de Jehová? en Santa Clara. Predican al mes todas las horas que se puedan. Ha predicado puerta por puerta. Lleva tres años y medio predicando. ¿tres años y medio de proselitismo nunca ha sido detenido? no. ¿Sus problemas por ser testigos de Jehová son, entonces, que no puede acceder a un puesto de trabajo y que además les prohíben reunirse el día que hay actos oficiales? sí. Además tiene limitaciones en la educación de sus hijos. Su hija estudia técnico medio en comercio porque no le permitieron hacer el preuniversitario por las limitaciones de la profesión. Por eso el solicitante viene a España para intentar sacar a su familia de Cuba. ¿Ha sido usted procesado policialmente? no. ¿Ha sido amenazado? ha sido 'alertado' ¿qué quiere decir con 'alertado'? Le decían que si no participaba en las organizaciones de masas y en los actos oficiales podía tener problemas en el trabajo. ¿Quiere añadir algo más? no. Pero añade después, que le dijeron, cuando arreglaba los trámites para salir de Cuba, que si volvía a Cuba no debía introducir literatura de los testigos de Jehová.

En la petición de reexamen además de las razones expuestas en la solicitud de asilo hizo constar lo siguiente:

'Por motivos religiosos, pertenecen a testigos de Jehová'. Le ha sido imposible acceder a puestos de trabajo, pues aunque su religión no está prohibida en Cuba lo cierto es que al pertenecer a ella se encuentra muy limitada socialmente. Se le impide el acceso a puestos de trabajo, tanto a él, como a su familia. Concretamente a su hija: Raquel de 16 años, se le ha impedido el acceso a una carrera universitaria. Se encuentra vigilado constantemente por el CDR, y ha sido 'alertado' en numerosas ocasiones, amenazándole con meterle en prisión si continuaba con su labor de proselitismo de puerta a puerta, como es preceptivo entre sus componentes, tiene un primo: José Luis, que además de testigo de Jehová, fue acusado en procedimiento judicial y condenado como preso político con cárcel, ocho años, cuando salió huyó a USA. Por el motivo anterior familiar, y por sus inquietudes religiosas, se ve limitado desde todo punto de vista, por su ideología que le impide asistir a los actos políticos, y llevar insignias y banderas fue acusado por el CDR de proselitismo político, estando en la actualidad amenazado por los partidarios del régimen, solicita que de no ser admitida su solicitud pueda entrar en España por razones humanitarias, en base a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Ley 8/2000».

Es verdad que a tenor de la lectura del relato del solicitante surgen dudas sobre si nos hallamos o no ante una verdadera persecución incardinable entre las causas o motivos de asilo recogidos en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley 5/1984, pero esas dudas no pueden zanjarse con una resolución de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, sino que, por el contrario, deben zanjarse tramitando el procedimiento y decidiendo finalmente si procede o no la concesión del asilo solicitada. Se deduce así con toda nitidez de lo dispuesto en los artículos 17 y 18 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, aprobado por Real Decreto 203/1995, que exigen que las causas de inadmisión a trámite concurran de modo manifiesto (así en el primero de esos preceptos, referido a las solicitudes de asilo no presentadas en frontera), o que concurran de forma manifiesta y terminante (en el segundo de ellos, referido a los supuestos de inadmisión en frontera, como es el caso de autos).

En consecuencia, tanto la Administración como la Sala de instancia aplicaron indebidamente el artículo 5.6.b) de la Ley 5/1984 y procede, por lo tanto, declarar haber lugar al recurso de casación, estimar el recurso contencioso administrativo, anular la resolución impugnada y declarar el derecho del actor a que su solicitud de asilo sea admitida a trámite".

Asilo

I

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 8 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 1963/2004.
Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.
Voz: Concesión de asilo: Cuba.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Los sucesivos e infructuosos intentos de salir de Cuba así como los problemas que ha sufrido por exteriorizar su disidencia hacia el régimen castrista ha desembocado en una situación personal de hostigamiento, postergación e imposibilidad de encontrar trabajo.

"En agosto del año 1993, en Sta. Cruz del Monte, preparó con un grupo de unos seis amigos una balsa rústica con un motor de pipa, de agua. Se embarcaron rumbo norte hacia los EEUU. A las 72 horas los recogió un yate llamado «la veneciana» de nacionalidad cubana, «prestando servicio a Cuba», según las palabras de su capitán; fueron detenidos y trasladados a la Guardia de Fronteras de Guanao, Playa del Este. De las seis personas que eran, a él le llevaron a Seguridad del Estado, dándole un número de seguridad, que fue el 682. Allí permaneció preso en una celda, en la prisión de Villa Marista. Estuvo preso treinta y seis días, sufrió muy malos tratos y salió con una fianza, que pagó su tío, de ochocientos pesos. Pasaron información a su centro de trabajo y le «botaron», quedándose sin trabajo. Después, en el año 95, intentó salir de Cuba con otra balsa de desembarco, con motor fuera de borda, y a los cinco días les rescataron a 35 millas de la costa los guardias de frontera americanos. Fueron trasladados a Cuba y allí otra vez detenidos, estando preso por setenta y dos horas en Jaimanita, poniéndole una multa de setecientos cincuenta pesos cubanos. Volvió a intentar salir de Cuba tres veces más, pero naufragaron. En el año 2001 consiguió salir a Argentina pero tuvo que volverse porque al no conseguir la renovación del permiso de residencia le echaron del país. Cuando volvió a Cuba intentó salir de nuevo en balsa, pero naufragó. Intentó solicitar visado de visita en la Embajada americana, pero se lo denegaron. Dado que en su país y con su historial le es imposible encontrar un trabajo, y la continua persecución que sufre por el Estado, dados sus intentos de salida del país, ha optado por venir a España, vía Moscú, para escapar de todo aquello y reunirse con sus hermanos. También quiera añadir que en el año 94 fue detenido por manifestarse contra el Gobierno. Dijo «abajo Fidel», y la policía le llevó a la Estación de «El Vedado» teniéndole preso diez días.

(...).

«El relato que nos ofrece el recurrente, es plenamente verosímil y responde a la situación política general del país, pero aun dándolo por cierto, y más teniendo en cuenta que la última condena es del año 1994, y no es privativa de libertad sino económica: multa de 800 cuotas de 1 peso, por salida ilegal del país, de un lado, denota que los hechos están lo suficientemente alejados en el tiempo para que pueda hablarse de temor fundado a ser perseguido, y de otro falta la motivación política, porque más bien, parece que se trata pura y simplemente, de alguien que ante la mala situación económica de su país, emigra en busca de unas mejores condiciones de vida a otro país con mayor nivel de renta, y no de un auténtico refugiado, es –*sic*– de decir, de alguien injustamente perseguido en su país por pertenencia a etnia concreta o por profesar ideas o creencias determinadas.

La inmigración económica no está contemplada dentro de las causas previstas en el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994.

Y, efectivamente, en el caso de autos vemos que el recurrente es una persona que no ejerce militancia en grupo o partido prohibido por el gobierno cubano, no mantiene actividad política, y no ha sido encausado en procedimiento penal. En definitiva, del expediente administrativo, no se deduce la existencia de persecución individualizada hacia el peticionario con entidad suficiente para acogerse a una medida protectora como es el derecho de asilo»."

Asilo

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 8 de febrero de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 996/2006.
Ponente: Don José Alberto Fernández Rodera.
Voz: Denegación de asilo: nacional de Burundi.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó el reconocimiento del derecho de asilo. El actor no aportó ningún documento acreditativo de su identidad y además su relato resultó ser inverosímil.

"El solicitante presenta pasaporte legalmente expedido por sus autoridades con posterioridad a los hechos constitutivos de la persecución alegada, lo que contradice sus alegaciones de persecución.

En efecto, presenta pasaporte de Burundi núm. (...), expedido el 3 de febrero de 2005, es decir, unos meses después de haber formulado su petición de asilo en nuestro país.

En cualquier caso, a juicio de esta instrucción el solicitante habría ocultado el pasaporte con el que necesariamente según sus alegaciones, habría abandonado el país en avión en el año 1995.

El relato del solicitante resulta carente de vigencia en la actualidad y se refiere a un conflicto demasiado alejado en el tiempo que no precisaría de una necesidad actual de protección, tal y como lo formula el solicitante y según la información disponible sobre el país de origen.

El solicitante en el formulario de su solicitud de asilo manifiesta haber nacido en Bujumbura, y dice tener su domicilio en esa ciudad hasta el año 1995. También dice ser militante del partido FRODEBU (frente democrático para la Unión de Burundi) y pertenecer a la etnia hutu. En cuanto a sus alegaciones, el interesado manifiesta haber abandonado su país en diciembre de 1995 por causa de la guerra y de la persecución sufrida desde el año 1993 hasta dejar el país, por el ejército y las milicias tutsis.

Estos motivos carecen de vigencia en la actualidad. Hay que señalar que el 30 de marzo de 2003 fue designado como presidente del país Domitien Ndayizeye que es le presidente de FRODEBU, partido al que el interesado manifiesta pertenecer, por lo que no se justifica en modo alguno que en la actualidad existan motivos que justifiquen una persecución en su contra o un temor fundado a sufrirla.

El interesado no presenta ningún elemento probatorio de los aspectos esenciales de los hechos o circunstancias constitutivos de la persecución alegada.

Ha tenido oportunidad de solicitar protección en otros países con anterioridad a la presentación de su solicitud en nuestro país –Camerún, Chad, Níger, Burkina Faso, Malí, Senegal, Mauritania, May, Argelia, Libia y Marruecos, por los que dice haber transitado o residido desde hace más de 10 años– no habiéndolo hecho así por lo que puede razonablemente dudarse de la necesidad de la protección demandada.

Ha contactado voluntariamente con sus autoridades después de producirse los hechos constitutivos de la persecución alegada, en unas condiciones tales que puede razonablemente dudarse de la necesidad de la protección demandada.

Se ha puesto en contacto con sus autoridades que le han expedido un pasaporte en el mes de febrero de 2005, pocos meses después de su petición de asilo.

(...).

El recurso interpuesto debe ser desestimado, debiendo confirmarse la resolución impugnada y ello por cuanto ni de los autos, ni del expediente administrativo se desprende que los hechos en los que el recurrente funda su pretensión, puedan incardinarse en la previsión del artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, y en la referida Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, faltando constancia fehaciente de su pertenencia a grupo

Asilo

social, étnico, político o religioso objeto de persecución. Si bien como se ha dicho, en los procesos que nos ocupan, no es necesaria una prueba plena sobre los hechos que justifican su concesión, como señala entre otras las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1994, 19 de junio de 1998, 2 de marzo de 2000, 1 de abril de 2003 y 13 de mayo de 2004, cuando no existen ni siquiera los indicios suficientes a los que se refiere el artículo 8 de la Ley anteriormente citada, no puede tener éxito la concesión de asilo solicitada, y es lo cierto que en el caso de autos tales indicios, como se ha expuesto, no han quedado acreditados, procediendo, en consecuencia, desestimar el recurso interpuesto.

Tampoco concurren razones humanitarias generadas por una situación de peligrosidad para la integridad física del interesado o para su vida, que no queda acreditada en el caso de autos, lo cual es exigible conforme a lo establecido en el artículo 31 apartado 3 del Reglamento de la Ley de Asilo que vincula las razones humanitarias a motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado, a tenor de la redacción dada a dicho precepto por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre. En este sentido la Sentencia de fecha 27 de mayo de 2006 de la Sección Quinta de nuestro Tribunal Supremo (recurso de casación 287/2003) puntualiza que las razones humanitarias a que se refiere el artículo 17.2 de la Ley de Asilo «rectamente entendidas no son cualesquiera razones de humanitarismo, sino aquellas que se conectan al nivel de riesgo y desprotección que en el país de origen del solicitante pueda existir para derechos tales como la vida, la seguridad y la libertad como consecuencia de disturbios graves de carácter político, étnico o religioso»".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 8 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 1738/2004.
Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.

Voz: Solicitud de asilo: cubano.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. En la petición de reexamen manifestó haber sufrido hostigamiento al ser considerado desafecto al régimen cubano.

"La Administración acordó la inadmisión a trámite de dicha solicitud, «al concurrir la circunstancia contemplada en la letra b) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, por cuanto el solicitante no alega en su petición ninguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y/o en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, como determinantes para el reconocimiento de la protección solicitada, no siendo los motivos invocados suficientes para la concesión de la protección solicitada por no estar incluidos dentro de las causas de reconocimiento del derecho de asilo y el Estatuto del Refugiado señaladas en los mencionados textos legales, habida cuenta que los mismos únicamente hacen referencia a alegaciones de contenido socio-económico como la causa generadora de la salida de su país, lo que no constituye por tanto una persecución ni es objeto de protección por la Convención de Ginebra de 1951».

Solicitó entonces el reexamen, alegando que «mi profesión además de la de ingeniero es la de artesano, profesión esta última de la que se sustenta mi familia, y en la que tengo relación con extranjeros turistas por razones comerciales, todo ello motivó las sospechas de la policía cubana sobre mi fidelidad al régimen, por ello fui detenido en varias ocasiones, levantándome acta de advertencia y obligándome a no tener contacto con extranjeros, sufriendo amenazas por la Policía, que me decía que si me veía con ellos me iba a meter preso. Por ello sufrí hostigaciones, me impusieron una multa y una sanción de advertencia en otras ocasiones sin razón alguna, como empecé a temer por mi integridad física y por mi libertad me vine a España para

solicitar asilo político, sobre todo tras la detención de mi madre, sin motivo alguno, cuando me visitaron unos amigos españoles, ya que la interrogaron, amenazaron y la infundieron un gran temor por su vida y por la de sus hijos y familia si no decía a qué habían venido a su casa «los españoles» y por qué los había dejado en su casa, aunque fueran amigos míos. Cuando fui a la Estación de Policía para dejar salir a mi madre y la dejaran tranquila me detuvieron a mí, me acosaron, interrogaron duramente, ya que incluso me golpearon. Poco a poco fue creciendo en mí la idea de salir de Cuba por temor a mi vida y libertad. Al llegar a España no dije toda la verdad por temor, ya que la policía cubana me atemoriza y creí que la española podía darle información, por eso ahora que sé que éste es un país democrático digo la verdad. Testigo de lo que digo son los ciudadanos españoles: Benedicto con domicilio en (...) en Badajoz y teléfono (...). Solicito me sea concedido el asilo político».

La petición de reexamen fue rechazada por la Administración, al considerar subsistentes las razones que habían determinado la inadmisión a trámite de su solicitud.

(...).

Ciertamente, al solicitar asilo, el ahora recurrente en casación reconoció no haber sido detenido nunca, no pertenecer a ningún grupo opositor y haber venido a España únicamente por razones económicas. Obvio es que tales manifestaciones no referían ninguna persecución protegible, pues hemos reiterado en una jurisprudencia constante que el mero descontento con las condiciones de vida en Cuba, por sí solo, no es motivo suficiente para el reconocimiento de la condición de refugiado.

Ahora bien, al pedir el reexamen refirió una persecución política, plasmada en constantes actos de hostigamiento, que el solicitante decía sufrir por el hecho de que al tener frecuente trato con extranjeros debido a su profesión de artesano, la policía cubana le consideraba sospechoso de desafección hacia el régimen. Ese relato permite apreciar que efectivamente se expusieron hechos suficientes para al menos dar lugar al trámite de la solicitud, más aún habida cuenta que ya en la petición de reexamen se dieron datos concretos sobre un ciudadano español que, decía el solicitante, había sido testigo de esos actos de hostigamiento, y en el curso del proceso se tomó declaración testifical tanto al referido ciudadano español como a otro ciudadano español que asimismo conocía al actor, coincidiendo ambos en declarar que efectivamente era cierto que aquél sufría constantes interceptaciones en la vía pública, advertencias y sanciones. Ambas declaraciones testificales no pueden dejar de ser valoradas a la hora de resolver positivamente sobre la admisión a trámite de la solicitud, pues aun cuando hemos dicho en una jurisprudencia constante que en fase de admisión a trámite de la solicitud de asilo no es necesario acreditar lo relatado, pues eso habrá de hacerse en su caso una vez admitida a trámite la solicitud, no obstante, como quiera que al fin y al cabo esa prueba testifical se practicó en el curso de las actuaciones de instancia, la declaración de los testigos no hace más que reforzar el relato expuesto con ocasión del reexamen, al menos para determinar el trámite de la petición de asilo.

Es verdad que lo expuesto por el solicitante plantea dudas sobre si nos hallamos o no ante una verdadera persecución de índole política, o más bien ante medidas sancionadoras de naturaleza común por el ejercicio ilegal (sin las debidas autorizaciones) de actividades comerciales con ciudadanos extranjeros, prohibidas en un país de economía fuertemente intervenida como Cuba, donde no existe el libre ejercicio del comercio. Ahora bien, esas dudas no pueden zanjarse con una resolución de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, sino que, por el contrario, deben zanjarse tramitando el procedimiento y decidiendo finalmente si procede o no la concesión del asilo solicitada. Se deduce así con toda nitidez de lo dispuesto en los artículos 17 y 18 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, apro-

Asilo

bado por Real Decreto 203/1995, que exigen que las causas de inadmisión a trámite concurran de modo manifiesto (así en el primero de esos preceptos, referido a las solicitudes de asilo no presentadas en frontera,), o que concurran de forma manifiesta y terminante (en el segundo de ellos, referido a los supuestos de inadmisión en frontera, como es el caso de autos)".

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 12 de febrero de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 905/2006.
Ponente: Don Juan Carlos Fernández de Aguirre.
Voz: Denegación de asilo: Guinea Bissau.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. De los informes aportados se deduce que el relato del recurrente obedece a motivos de naturaleza económica y social, sin que la documentación aportada acredite, siquiera indiciariamente, motivo de persecución alguna.

"Con fecha 26 de octubre de 2004, don Daniel formuló solicitud de asilo en España, ante la Oficina Única de Extranjeros de Ceuta, alegando, en síntesis, lo siguiente: 1) vivía en Gabou (Guinea Bissau), aunque se trasladó con su familia a Bissau para trabajar en esta ciudad; 2) estalló la guerra entre el Gobierno y el general Ansoumane Mane, jefe de los rebeldes, muriendo mucha gente y sus tres hermanos; por esta razón abandonó la capital y retornó a su lugar de origen; 3) decidió abandonar el país hasta tanto se solucionase el conflicto; 4) desde su país de origen hasta llegar a España ha pasado por los países siguientes: Guinea Conakry (un día), Malí (3 meses), Argelia (año y medio) y Marruecos (4 años).

Mediante comunicación a la Oficina de Asilo y Refugio de 16 de diciembre de 2004, el Alto Comisionado para los Refugiados manifestó que no existía desacuerdo con la propuesta de inadmisión de la solicitud.

Por Resolución del Subdirector General de Asilo de 16 de diciembre de 2004, dictada por delegación del Ministro del Interior, se inadmitió a trámite la solicitud de asilo formulada por el recurrente.

(...).

En cuanto al fondo del asunto, teniendo en cuenta las precedentes consideraciones, la Sala aprecia que en este caso la demanda no ofrece un relato claro, preciso y convincente, *prima facie* al menos, que permita considerar que el recurrente es objeto de la persecución que alega.

La Sala es consciente de la dificultad que entraña acreditar extremos relativos a una persecución real, y no es preciso hacer mayores razonamientos para comprender claramente que una persona que sale de su país por motivos de persecución, hostigamiento o violencia no suele estar en condiciones de obtener los medios que acrediten tales conductas –más bien sucede justamente lo contrario–, lo que permitiría apreciar los hechos y valorar las circunstancias con amplitud. En el presente caso, sin embargo, el relato de hechos y la documentación en que éste se sustenta, están lejos de estos parámetros.

En realidad, la Sala poco tiene que añadir a los informes de la Instrucción, de 7 de diciembre de 2004 y 26 de diciembre de 2005, obrantes en el expediente administrativo (...), y todo apunta a que la venida a España del señor Daniel obedece a la situación de penuria por la que atraviesa Guinea Bissau.

En efecto, de dichos informes se deduce que el relato del recurrente obedece a motivos de naturaleza económica y social, sin que la documentación aportada en estos autos acredite, siquiera indiciariamente, motivo de persecución alguno.

Por otra parte, el relato ofrecido es sumamente genérico, sin que se concreten mínimamente las cau-

Asilo

sas de persecución o el porqué de la muerte de sus hermanos.

(...).

«Nos encontramos en este precepto con una previsión del legislador para que la Administración pueda autorizar al extranjero en quien no concurran los requisitos del artículo 3.1 de la Ley a permanecer en España, confiriendo de este modo a la Administración la posibilidad de valorar la situación concreta del solicitante de asilo con un margen de discrecionalidad para resolver.

En nuestro caso, no existen condiciones que permitan considerar que concurran alguna o algunas de las circunstancias a que se ha hecho referencia, de modo que carecería de fundamento la adopción de la medida interesada.

En suma, pues, cumplidos los requisitos y trámites previstos en la normativa reguladora, no apreciando la Sala motivos que acrediten la existencia de persecución, o su temor fundado a padecerla, por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, con lo cual no concurre el presupuesto necesario para el reconocimiento del derecho a asilo (...)»".

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 13 de febrero de 2008.
Recurso de Apelación: 332/2007.
Ponente: Don Ernesto Mangas González.
Voz: Asilo: inadmisión a trámite. Nacional de Sudán.
Resumen: Se desestima el recurso promovido por el recurrente contra la resolución por la que se acordó inadmitir a trámite su solicitud de asilo. El actor desconoce cuestiones básicas del que dice ser su país, Sudán, lo que resta credibilidad a sus alegaciones de persecución.

"Con fecha de 22 de febrero de 2007, don José María solicitó asilo en la Oficina de Extranjeros de Ceuta. Mediante resolución del Ministerio del Interior, de 23 de abril de 2007, (...), se acordó inadmitir a trámite la solicitud de asilo formulada «al concurrir la circunstancia contemplada en la letra d) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, por cuanto la solicitud está basada en alegaciones manifiestamente inverosímiles, habida cuenta que el solicitante ha formulado su petición alegando una determinada nacionalidad y, sin embargo, desconoce cuestiones básicas del que dice ser su país, lo que, a la vista del conjunto de informaciones recogidas en el expediente, hace que pueda deducirse que tal atribución de nacionalidad tendría por objeto conceder credibilidad a las alegaciones de persecución aducidas, las cuales, por tanto, a la vista del desconocimiento sobre las cuestiones más elementales del que dice el solicitante que es su país de origen, han de calificarse como inverosímiles».

(...).

A través del recurso de apelación se formulan las siguientes alegaciones:

1.ª) Que el conflicto bélico de Sudán, según los últimos informes de Amnistía Internacional que fueron aportados con la demanda, es un conflicto permanente, vivo y latente, y que de regresar al mismo el solicitante, padecería un grave riesgo de persecución y brutalidad como a la que manifiesta que se vio sometido. 2.ª) Que no se han tomado en cuenta las circunstancias sociales y personales del solicitante, que dan explicación al desconocimiento de determinadas cuestiones del país. 3.ª) Que la aportación de documentación personal no es una exigencia de rigor en la fase de admisión de la solicitud, dado lo establecido en los artículos 8.3 y 9.1 del Reglamento de la Ley de Asilo, no habiendo podido obtenerla debido a las circunstancias de conflicto bélico en que se encuentra el país de origen; y que resultan indicios suficientes tanto del relato del solicitante como de sus respuestas al cuestionario que le fue formulado, al menos ante su dominio del idioma dinka. 4.ª) Que es de sobra conocida la

situación por la que atraviesan los países por los que transitó el solicitante, en los que a los refugiados ni siquiera les puede resultar posible solicitar asilo, y se están produciendo constantes transgresiones de los derechos humanos, debido a la crisis humanitaria y hasta de conflicto bélico constante que padecen algunos de estos países. 5.ª) Que ni Sudán ni ninguno de los países por los que ha pasado el solicitante admitiría que traspasara sus fronteras, habida cuenta de la situación de conflicto bélico de los países mencionados, y al no existir tratados de readmisión de refugiados, aparte de la carencia de documentación en que se encuentra el solicitante y de la imposibilidad de solicitar asilo en ninguno de ellos; y que al respecto, la sentencia, aunque esté ofreciendo una mínima fundamentación, está conculcando el derecho a la tutela judicial efectiva. 6.ª) Que por ello debe ser admitida a trámite la solicitud de asilo, al existir indicios de persecución y ante la imposibilidad de obtener asilo en los países en los que el solicitante permaneció antes de su llegada a España, procediendo, cuando menos, su permanencia en España por razones humanitarias. 7.ª) Que en la sentencia se ha inaplicado el artículo 8 de la Ley de Asilo, ya que para la concesión de asilo bastará la concurrencia de indicios, los cuales concurren, y los motivos invocados en la solicitud son suficientes para su admisión a trámite y posterior estudio en profundidad, siendo dichos motivos subsumibles en la definición de refugiado que se hace en la Convención de Ginebra. 8.ª) Que se alega, por tanto, una persecución personal y concreta, y la situación descrita produce en el solicitante un temor fundado, siendo merecedora del reconocimiento de la condición de refugiado, existiendo indicios suficientes para deducir que aquel cumple los requisitos necesarios para ello.

(...).

Del expediente administrativo se desprende que don José María, con fecha de 22 de febrero de 2007, formalizó solicitud de asilo en la Oficina de Extranjeros de Ceuta, manifestando que nació el 8 de junio de 1988 en Nyal, Sudán, que el dinka es su lengua materna, que carece de estudios, es granjero y cristiano de la Iglesia de Pentecostés, y que se encuentra indocumentado, habiendo salido de Sudán el 25 de agosto de 2003 y transitado posteriormente por Chad, Níger, Argelia y Marruecos, y habiendo arribado a Ceuta el 12 de febrero de 2007. Como «datos sobre la persecución sufrida», el interesado manifestó al formalizar la solicitud de asilo: «Que el conflicto religioso comenzó en su país el día 8 de agosto de 2003 y el 25 de ese mismo mes 40 hombres vestidos de militares atacaron su casa, incendiándola, y mataron a sus padres por ser cristianos; sus padres en aquel momento se encontraron en la planta baja de su casa. Él y su hermana estaban en la planta superior de la vivienda y al darse cuenta de lo que estaba ocurriendo saltaron por la ventana y huyeron, con la certeza de que sus padres habían muerto, ya que el fuego se había extendido por toda la casa; salieron huyendo y se dirigieron a otro Estado llamado Osma, donde permanecieron seis días y desde allí siguieron huyendo y penetraron en los bosques, donde permanecieron un mes y medio aproximadamente, hasta que lograron pasar al país vecino, donde al cabo de tres semanas murió su hermana por desnutrición. Después de pasar nueve meses en Chad, siguió viaje hasta poder entrar en España el pasado día 12 de febrero de 2007, donde espera encontrar ayuda hasta que se solucionen los problemas en su país».

(...).

Sin embargo, el solicitante no ofrece un relato verosímil de la persecución sufrida. Así lo puso de manifiesto la instructora (...), al advertir que:

«No se acredita en absoluto la nacionalidad, pues no presenta documentación alguna y tampoco demuestra conocer informaciones sencillas del país de origen (...) Por todo ello se duda razonablemente de que su nacionalidad sea efectivamente la que alega. Redunda en ello que la solicitud se fundamenta en unas alegaciones manifiestamente inverosí-

miles, toda vez que el relato del interesado carece absolutamente de toda credibilidad al resultar totalmente genérico e impreciso, carente de detalles personales o circunstanciales, y sin que, por otra parte, haya facilitado, o se desprenda del conjunto del expediente, elemento alguno que justifique un temor fundado de sufrir persecución por alguno de los motivos que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado».

(...) las alegaciones vertidas en el recurso de apelación, para propugnar la aplicación del artículo 8 de la Ley de Asilo y la subsunción de los motivos esgrimidos por el solicitante en la Convención de Ginebra, en cuanto referidos a una «persecución personal y concreta», y a una situación que «produce en el solicitante de asilo un temor fundado y lógico y, por tanto, merecedora del reconocimiento de la condición de refugiado», constituyen alegaciones que se encuentran desprovistas de fundamento, en cuanto que se refieren a los requisitos para la concesión de asilo, pero no a los requisitos para la admisión a trámite de la solicitud, cuya falta es la que sirvió de fundamento a la resolución administrativa impugnada".

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 13 de febrero de 2008.
Recurso de Apelación: 325/2007.
Ponente: Doña Ana Martín Valero.
Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo: nacional de Sudán.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmite a trámite su solicitud de asilo. No se aprecia la concurrencia de circunstancias de índole humanitario o de interés general que hubieran posibilitado la permanencia en España del recurrente dado que no hay indicio alguno de que la salida de su país de origen estuviera motivada por conflictos o disturbios graves.

"El recurrente, en su petición de asilo, invocó, como motivos justificativos de la misma, tal y como recoge la Sentencia de instancia, que es nacional de Sudán y tras el fallecimiento de su padre, él y su madre se trasladaron a Libia con ayuda de un hombre que más tarde se casó con su madre. Este hombre no sabía que su madre era cristiana, de hecho no era practicante, pero cuando se murió una hija que tuvo con su segundo marido volvió a la Iglesia. Cuando el marido de su madre se enteró de que profesaba la religión cristiana a escondidas, se enfadó mucho y empezó por quitarle el restaurante que le había puesto para que trabajara. Después comenzó a maltratarla propinándole fuertes palizas. El solicitante para defenderla se enfrentó al padrastro y la última pelea terminó causándole una grave herida en el estómago al padrastro. Al quedarse sin medio de subsistencia y ante el temor de que pudiera asesinar al hijo, su madre decidió abandonar el país con él. Su madre murió en el camino de Libia a Argelia y el solicitante continuó solo el viaje.

A la vista de tales alegaciones, la Administración declaró al inadmisión a trámite de la solicitud, en virtud de la causa contemplada en el apartado b) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo, por no alegar en su petición ninguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y/o en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

(...) las alegaciones del recurrente se basan en el maltrato que sufría su madre por parte de su segundo marido y padrastro de éste, lo que no constituye una persecución individualizada por razones de raza, religión, pertenencia a grupo social u opiniones políticas incardinable en el artículo 3 de la Ley 5/1984 o en la Convención de Ginebra de 1951, pudiendo, en todo caso, considerarse, como señala la misma Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2004 antes citada, «un tipo de persecución de índole privada o familiar», que no provendría de las autoridades de su país de origen –Sudán– ni de las del país en el que residía

Asilo

I

–Libia–, a las que podría haber solicitado protección, lo que no consta que hubiera hecho el ahora recurrente, por lo que no cabe alegar desprotección y pasividad por parte de éstas, cuando no se ha puesto en conocimiento de las mismas los hechos que ahora se relatan y se ha solicitado la protección que por otro lado, no se aprecia la concurrencia de circunstancias de índole humanitario o de interés general que hubieran posibilitado la permanencia en España del recurrente, dado que no hay indicio alguno de que la salida de su país de origen estuviera motivada por conflictos o disturbios graves, pues, por una parte, no hay prueba siquiera de que sea nacional de ese país, al no haber aportado documento alguno que acreditara su verdadera identidad y nacionalidad, y por otra parte, el recurrente, según su propio relato, salió del que dice ser su país de origen con su madre voluntariamente el 1 de enero de 1989 –tras el fallecimiento de su padre– residiendo desde entonces en Libia, país donde se habrían producido los hechos que determinaron la petición de asilo y del que salió por problemas con su padrastro y no por conflictos o disturbios graves en el mismo.

Tampoco existen razones humanitarias (artículo 17.2 de la Ley 5/1984) que permitan la estancia en España al margen del derecho de asilo".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 14 de febrero de 2008.

Recurso de Casación: 3040/2004.

Ponente: Doña Ana Martín Valero.

Voz: Concesión de asilo: Cuba. Motivos políticos y religiosos.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente, adscrito a una confesión religiosa cristiana, quien, al pedir el reexamen, alegó una persecución basada en razones políticas, por el hecho de haber sido interceptado y detenido cuando intentaba salir de Cuba en balsa, motivo por el que fue despedido de su trabajo.

"«El 24 de agosto de 2001 fue interceptado por las autoridades cubanas cuando intentaba salir ilegalmente en balsa a Estados Unidos. Fue detenido por unas horas, siendo puesto en libertad sin cargos, aunque le echaron del trabajo que desempeñaba como conductor de camiones de gran tonelaje. Desde entonces no ha podido trabajar legalmente ya que le tacharon de persona no confiable. No ha sufrido registros domiciliarios y por motivos religiosos no ha tenido ningún problema».

La Administración inadmitió a trámite la solicitud de asilo, por concurrir la causa prevista en el artículo 5.6.b) de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, según redacción por Ley 9/1994, de 19 de mayo, señalando a tal efecto la resolución que los hechos alegados no están incluidos entre las causas de reconocimiento del derecho de asilo y de la condición de refugiado (...).

Solicitó entonces el reexamen, alegando que «Solicito reexamen, partiendo de que considero que en mi caso, tengo un intento de salida ilegal del país de 24 de agosto de 2001 donde por fallos en el motor adaptado y parche de la envoltura de la estructura de la balsa, fuimos capturados por los guardas costas cubanos y procesados por los órganos de la seguridad del estado sufriendo por ello un hostigamiento continuo y sistemático de carácter psicológico, por reiteradas citaciones a las unidades de este órgano, con vista a ventilar los elementos que me indujeron a tal acto contra la ley cubana y los recursos que disponemos para ello, todos eran rústicos, pero para ellos era la vía para la tortura psicológica.

(...).

Nosotros los cristianos somos discriminados en Cuba, por no mezclarnos con los asuntos políticos y eso me ha traído situaciones complicadas para encontrar empleos o para alcanzar algunos beneficios sociales, por ejemplo hasta hace muy poco un religioso no podía aspirar a la universidad o carre-

ras técnicas, eran rechazados por sus creencias por las organizaciones estudiantiles y políticas como la UJC, FEEM, OPJM, nos obligaban a usar pañoletas, etc.

Ante esta situación mis familiares me apoyaron en la toma de la decisión de venir a España, incluso el superintendente del distrito de Occidente me recomendó por carta a pastores de la asamblea de Dios en España, adjuntando a ello, mi carta como miembro en plena comunión de la iglesia desde 1993 y la carta de miembro actual.

Quisiera que las autoridades españolas del gobierno y de la asamblea de dios, me acepten como un hijo más de esta hermosa tierra, de la cual heredamos culturas y tradiciones.

Firmo en ayuda espiritual y con la fe en Cristo».

La Administración denegó el reexamen por considerar que subsistían los criterios que habían determinado la resolución de inadmisión a trámite.

(...).

En su solicitud de asilo, y con mayor detenimiento y extensión al pedir el reexamen, el interesado refirió una persecución basada en razones políticas, por el hecho de que fue interceptado y detenido cuando intentaba salir de Cuba en balsa, por tal motivo fue despedido de su trabajo, y desde entonces le ha sido imposible encontrar otra ocupación laboral con la que subsistir, al ser calificado como «no confiable»; situación esta, decía, agravada por su adscripción activa a una confesión religiosa cristiana.

Frente a lo señalado en la sentencia de instancia, no apreciamos entre uno y otro relato una contradicción insalvable, al menos en cuanto respecta al punto más relevante, esto es, en lo relativo a esa imposibilidad de encontrar trabajo que, siempre siguiendo el relato del actor, sufre tras los hechos referidos. Por otra parte, carece de sentido hacer juicios sobre la verosimilitud o inverosimilitud del relato, visto que la causa de inadmisión concernida es la contemplada en la letra b) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo y no la recogida en la letra d) del mismo precepto.

En definitiva, atendiendo a los términos del relato del interesado, pudiéramos hallarnos ante una persecución protegible, y esta apreciación nos lleva a concluir que la solicitud de asilo merece ser estudiada en un procedimiento abierto a tal efecto, toda vez que la inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo sólo cabe respecto de solicitudes tan manifiestamente infundadas que no merezcan un examen en profundidad; (...)".

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 16 de febrero de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 346/2006.
Ponente: Don José Alberto Fernández Rodera.
Voz: Asilo: nacionales de Armenia. Asistencia jurídica gratuita.
Resumen: Se estima parcialmente el recurso interpuesto por los recurrentes contra la resolución por la que se les denegó el reconocimiento del derecho de asilo. Ha quedado acreditado el incumplimiento del derecho de los interesados a ser adecuadamente informados de su derecho a obtener asistencia letrada gratuita.

"Se recurre en las presentes actuaciones resolución del Ministerio del Interior, de 31 de enero de 2006, en la que se denegó el reconocimiento del derecho de asilo a doña Carmen y don Raúl, nacionales de Armenia, por no constituir los hechos alegados una persecución de las contempladas en la Convención de Ginebra de 1951, por resultar su relato incongruente y por no poder considerarse prueba o indicio de la persecución alegada los elementos probatorios aportados.

Los motivos de la demanda, entre otros extremos relativos a una pretendida persecución política, se centran en objeciones de carácter formal a la tramitación del expediente, en particular a defectos en la asistencia letrada.

Analizando con carácter prioritario la alegación relativa a la asistencia letrada, (...) consta la Diligencia Informativa de Derechos y Deberes de los solicitantes de asilo, cuyo punto 2 consigna, concisamente, la locución «Entrar en contacto con un abogado de su elección, a los efectos de ser asistido jurídicamente». La doctrina de esta Sala ha ido evolucionando desde un criterio flexible al respecto hasta el mayor rigor en las exigencias predicables a la información de derechos al solicitante de asilo, en la línea trazada, entre otras, por las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de septiembre y 22 de diciembre de 2005 y de la Audiencia Nacional de 7 de septiembre de 2006.

(...).

«Para concluir sobre la procedencia de la argumentación sobre indefensión esgrimida, resulta conveniente analizar los hechos relevantes que tuvieron lugar en el expediente administrativo:

Así, es de ver que el demandante compareció ante la oficina de Asilo. En el mismo día y tras cumplimentar la solicitud de asilo, se procedió a efectuar la 'Diligencia Informativa de los Derechos y Deberes de los solicitantes de Asilo'». En la misma se indicaban al demandante los derechos que le asistían como solicitante de asilo, y, en lo que aquí importa, en el apartado segundo se expresaba literalmente que tenia derecho a «Entrar en contacto con un abogado de su elección, a los efectos de ser asistido jurídicamente» sin que conste referencia ni indicación alguna sobre la posibilidad de optar por la asistencia jurídica gratuita.

Pues bien, no cabe duda que la lectura de la citada diligencia hace concluir que en la misma se informa exclusivamente al demandante de la posibilidad de designar a un Letrado de su elección, pero se silencia otra información, que, podía resultar esencial para sus intereses, cual es la de que en caso de insuficiencia económica, podía disfrutar del derecho a la asistencia jurídica gratuita, y solicitar, por tanto, la intervención de un Letrado designado del turno de oficio».

Puede argumentarse que en la referida Diligencia Informativa estaba implícito que el recurrente podía haber optado por designar un abogado de Oficio. Mas tal razonamiento no resulta aceptable atendiendo al propio contenido de las normas reguladoras del derecho de asistencia jurídica gratuita y a la realidad social. En este sentido, no parece exigible al recurrente, extranjero, que invoca una supuesta o eventual situación de persecución, conozca la regulación y alcance de este derecho en España, ni el momento o forma de solicitar su reconocimiento. Por el contrario, resulta obvio que recae sobre la Administración el deber expreso de información de los derechos al recurrente, entre los que se encuentra el de asistencia jurídica gratuita en caso de insuficiencia económica. Así lo dispone el apartado 4.º del artículo 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo que establece: «El solicitante de asilo será instruido por la autoridad a la que se dirija de los derechos que le corresponden de conformidad con esta Ley, y en particular, del derecho a la asistencia de abogado»; en el mismo sentido el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento de la Ley de Asilo establece: «Los solicitantes de asilo que se encuentren en territorio nacional serán informados por la autoridad a la que se dirijan de la necesidad de aportar las pruebas o indicios en que base su solicitud, así como de los derechos que le corresponden de conformidad con la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en particular del derecho a intérprete y a la asistencia letrada». Y de igual modo esta asistencia se garantiza en el apartado 4.º del artículo 8 del citado Reglamento.

La omisión en la información o, en otras palabras, los términos en que se realizó la misma, entendemos que supone un incumplimiento por parte de la Administración demandada de los deberes que le incumben en virtud de la regulación legal y reglamentaria aplicables. La expresión «Abogado de su Elección» viene a referirse vulgarmente a los letrados que se nombran en virtud de la libre designación de la parte, cuando el individuo tiene capacidad real de elección, contraponiéndose a los letrados designados del turno de oficio para supuestos de insuficiencia económica. Pero en modo alguno, del tenor literal de la diligencia examinada se desprende una información exacta sobre lo que constituye el contenido de su derecho reconocido en el artículo 119 CE y que, evidentemente, incluye una actividad prestacional encaminada a la provisión de los medios necesarios para hacer que este derecho sea real y efectivo cuando quienes deseen ejercerlo carezcan de medios económicos.

En suma, resulta claro que el recurrente careció de asistencia técnica y que ésta hubiera podido incidir en la exposición de su versión de los hechos y en la eventual indicación de medios probatorios idóneos. De haber contado con asistencia letrada, hipotéticamente el demandante hubiera podido solicitar su petición en forma más fundada y podía haber articulado la correspondiente prueba, lo que lleva a concluir que se ha producido una merma sustancial de las posibilidades concretas de defensa de los intereses del demandante en el expediente administrativo en el que el relato de hechos cobraba sustancial relevancia.

(...).

En el supuesto aquí enjuiciado, tenemos que en la diligencia de información de derechos y deberes (...) consta escuetamente el derecho que asiste al solicitante de asilo de «Entrar en contacto con un abogado de su elección, a los efectos de ser asistido jurídicamente».

(...).

Sin que ello quede paliado, contrariamente a lo que mantiene el Juez *a quo* en la sentencia de instancia, porque el solicitante de asilo fuera informado de sus derechos en forma comprensible para el mismo, «al haber concurrido traductor, de lo que sigue que quedó enterado de que podía beneficiarse de la asistencia de letrado», pues precisamente dicha información, a pesar de haber sido traducida, redunda en la posible confusión que puede causarse al solicitante de asilo en cuanto que lo que le asiste es el derecho a la asistencia de un abogado elegido por él, mas no de un abogado de oficio en caso de insuficiencia de recursos económicos del mismo.

En definitiva, se ha incumplido el derecho del Sr. Félix a ser adecuadamente informado de su derecho a obtener asistencia letrada gratuita, con incumplimiento de una de las garantías esenciales del procedimiento, causante de indefensión (artículo 24.2 CE) por lo que procede estimar en parte la demanda, anulando la Resolución impugnada y retrotrayendo el procedimiento administrativo a su momento inicial, a fin de que se tramite con estricta observancia de lo que dispone el ordenamiento jurídico".

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 20 de febrero de 2008.

Recurso de Apelación: 159/2006.

Ponente: Doña Nieves Buisán García.

Voz: Asilo: inadmisión a trámite. Sierra Leona. Medidas cautelares.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se declara no haber lugar a la medida cautelar de suspensión del acto impugnado, consistente en la Resolución del Ministerio del Interior que inadmite a trámite su solicitud para la concesión del derecho de asilo en España.

"La representación de don Juan Alberto, nacional de Sierra Leona, pretende en este recurso de apelación la revocación del Auto del Juzgado Central

de lo Contencioso Administrativo número 7, que no da lugar a la medida cautelar de suspensión del acto impugnado, consistente en la Resolución del Ministerio del Interior que inadmite a trámite su solicitud para la concesión del derecho de asilo en España.

El Auto recurrido se sustenta, en síntesis, en que (fundamento jurídico segundo) la finalidad legítima del recurso no se pierde aunque el interesado no se encuentre dentro de territorio nacional, pues tramitado el proceso con abogado y procurador y notificada a éstos la hipotética resolución estimatoria, éstos podrían comunicársela allí donde se encuentre. Que la concesión de la medida exige en todo caso un examen ponderado de las circunstancias, y solo en base a la concurrencia de algunas especiales que permitieran llevar a la autentica pérdida de la finalidad legítima del recurso, o la existencia de razones suficientes para concluir que de la salida del territorio nacional se pudieran ocasionar al solicitante graves perjuicios, cabría la adopción de la medida.

La representación del Sr. Juan Alberto, en la apelación, señala que el abandono del territorio nacional haría perder la finalidad legítima del recurso pues una vez de vuelta en Sierra Leona, y aunque se le reconociera la condición de refugiado, no podría abandonar nuevamente el país, en el que los derechos humanos se encuentran ninguneados. Se argumenta también que ningún quebranto del interés público se causaría de acordarse la medida cautelar solicitada.

(...) el Auto apelado, según se desprende de la lectura íntegra de su fundamentación jurídica, sí ha llevado a cabo la imprescindible labor de ponderación que exige la Jurisprudencia del Tribunal Supremo citada. Labor de ponderación que se ha decantado en favor de hacer prevalecer el interés general de ejecución de la resolución administrativa impugnada [de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo del actor, a tenor del apartado d) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo por encontrarse los hechos relatados muy alejados en el tiempo], sobre el interés particular de dicho Juan Alberto.

En definitiva el recurso de apelación efectúa invocaciones genéricas, mas sin aducir causas concretas, de persecución personal e individualizada, por las que tal solicitante ponga en peligro su vida o su integridad física en el caso de volver a Sierra Leona, por lo que su pretensión de suspensión de la ejecución de la resolución de inadmisión impugnada ha de decaer.

En línea con dicha Jurisprudencia, además, esta Sala de la Audiencia Nacional en las Sentencias de 13 de julio (recurso 6/2005), 21 de septiembre (recurso 215/2005 y 228/2005) y 30 de noviembre de 2005 (recurso 43/2005), en todas ellas señala que el interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica. Rige el principio de que –salvo que concurran circunstancias especiales– el interés particular del recurrente debe ceder ante el interés general en que se ejecuten los actos impugnados. En todos los casos citados se desestima la adopción de la medida cautelar porque el solicitante no prueba que la ejecución del acto impugnado pueda exponerle a un peligro grave.

En la Sentencia de esta misma Sala de 8 de noviembre 2005 (recurso 245/2005) se añade que el presupuesto de hecho para la adopción de medidas cautelares debe ser una situación de riesgo específica en razón a las circunstancias personales de dicho recurrente.

De todo lo cual esta Sala concluye, sin necesidad de mayores consideraciones, que el Auto recurrido ha de ser confirmado en esta apelación y por ende desestimado el recurso planteado frente al mismo".

Asilo

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 27 de febrero de 2008.
Recurso de Apelación: 199/2007.
Ponente: Doña Nieves Buisán García.
Voz: Concesión de asilo. Nacional de Nigeria. Motivos políticos.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente quien ha puesto de manifiesto una situación constitutiva de persecución por motivos políticos con riesgo, sino para su vida, al menos para su integridad física.

"La resolución administrativa confirmada por la sentencia del Juzgado Central inadmite a trámite la solicitud de asilo de dicho Sr. Juan María por no alegar el solicitante ninguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y/o en la Ley 5/1984, no siendo los motivos invocados suficientes para la concesión de la protección solicitada por no estar incluidos dentro de las causas de reconocimiento del derecho de asilo y el Estatuto de Refugiado señaladas en los mencionados textos legales.

Tal sentencia recurrida se sustenta, fundamentalmente, y por lo que se refiere específicamente al supuesto ahora enjuiciado en que «el actor no alega motivo alguno de los previstos en la normativa aplicable, sino que hace referencia, únicamente a los problemas que tuvo dentro del partido a que pertenecía: Como se pone de manifiesto en el informe propuesta no existe indicio alguno de que las fuerzas de seguridad amparen este tipo de agresiones o que no las persigan ni tampoco que los miembros del PDP dominen en todo el país de tal forma que el actor no pueda residir con normalidad en alguna otra ciudad. Finalmente solo se desprende del relato un hecho puntual ocurrido en una reunión política que los miembros del otro partido querían parar, pero no se puede desprender sólo de este dato que exista una persecución mantenida y reiterada contra el solicitante».

(...).

Para la resolución de la apelación, y en definitiva determinar si concurre o no al causa de inadmisión del apartado b) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo deviene esencial traer a colación el relato en el que el Sr. Juan María sustenta su solicitud, relato que figura en el expediente administrativo, y se resume en el fundamento de derecho primero de la sentencia apelada en los siguientes términos: Pertenecía al PDP que era el partido en el Gobierno, del que era líder en Benin. En este partido algunas personas pertenecían a sociedades secretas y llevaban a cabo actividades que no eran buenas, apartando a los que eran cristianos. En agosto de 2006 un grupo de personas procedentes del PDP fundaron otro partido, el Congreso de Acción. Decidió pasarse a este nuevo partido y fue nombrado líder del mismo. Se presentaron a las elecciones y cuando estaba dando un mitin apareció un grupo de hooligans que le dijeron que parara la reunión. Hubo enfrentamientos y a él le golpearon. Se formó una pelea y los agresores sacaron pistolas y comenzaron a disparar. Huyó primero al bosque y después a Lagos.

Debe asimismo remarcarse un dato que se desprende del expediente administrativo y al que no se hace ninguna referencia ni en dicho expediente ni tampoco en la sentencia del Juez *a quo,* pero trascendente para resolver el litigio y que consiste en que se adjuntan (...) una fotocopia repetida de una noticia o, más exactamente, de una propaganda electoral con una gran fotografía de quien dice ser «Juan María» solicitando el voto por el partido «Action Congreso» o «AC Democracy Forever».

Esta Sala, tomando en consideración los razonamientos hasta aquí efectuados, y tras una valoración conjunta de todas dichas actuaciones, especialmente del relato trascrito en relación con la referida documentación, considera que el demandante, contrariamente a lo razonado por la sentencia de instancia (al confirmar la resolución administrativa impugnada) sí que esta poniendo de manifiesto una situación constitutiva de persecución o, cuando menos, de temor de persecución, y por

Asilo

alguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra, concretamente por motivos políticos con riesgo, si no para su vida, sí al menos para su integridad física.

Y ello porque dicho Sr. Juan María, sí describe una situación de persecución personal contra el mismo, por parte del partido político que gobierna en su país, el PDP, y derivada de su pertenencia a otro partido político: AC lo que encaja en alguno de los motivos (políticos) previstos en la Convención de Ginebra y que pueden dar lugar a la admisión de su solicitud de asilo.

Hechos de persecución individual y concreta que además coinciden, geográfica y temporalmente con la situación política del país del que dice ser originario en el momento de su solicitud (Nigeria) y que se acreditan al menos del modo indiciario que, según consolidada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, requiere la aplicación del artículo 5.6 de la Ley de Asilo.

Se trata de un relato, por tanto, del que no cabe afirmar de manera tajante que el mismo no pueda ser incluido entre los motivos de asilo. Por lo que la solicitud del actor ha de ser admitida a trámite, y por ende, el presente recurso ha de ser estimado".

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 27 de febrero de 2008.
Recurso de Apelación: 203/2007.
Ponente: Doña Pilar Teso Gamella.
Voz: Asilo. Relato verosímil. Nacional de Argelia.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. La narración de los hechos contenida en la solicitud de asilo reúne una apariencia de verdad suficiente para el trámite de admisión.

"Debemos dejar constancia inicial de lo manifestado por la parte ahora apelante en su solicitud de asilo. En su solicitud de asilo (...) narra, resumidamente, que residía en Tizi Ouzu donde era propietario de una pequeña tienda de ultramarinos. Señala que la situación comenzó a deteriorarse desde el año 1998, fecha en la «que supuestamente el Estado argelino asesinó a un cantante tamazig llamado Maatou Beloumas quien en las letras de sus canciones denunciaba la marginación del pueblo tanazig, e intentaba concienciar a toda la población» de luchar por sus derechos. Se empezaron a organizar en partidos políticos, asistió a marchas y manifestaciones. Su padre es un veterano afiliado al FFS (Frente de Fuerzas Sociales). En el año 2001 fue detenido dos veces, estuvo retenido en una celda un mes, y en otra ocasión 15 días. Su hermano consiguió sacarle más pronto pagando un soborno. Se marchó a vivir a casa de una tía, y la policía ha ido a buscarle en varias ocasiones.

(...).

Acorde con lo expuesto, en el caso examinado la narración que se contiene en su solicitud de asilo no puede ser tildada de inverosímil, ni su relato resulta «genérico o impreciso», como señala la resolución recurrida, pues explica la persecución por razón de la ideas políticas del recurrente. Así es, tras la muerte del conocido cantante que cita en su declaración, el solicitante participa activamente en protestas y manifestaciones contra el gobierno argelino, lo que le ocasiona su detención en dos ocasiones, la huida de su domicilio, refugiándose en casa de un familiar, y la búsqueda por parte de las autoridades de su país de origen.

La forma en la que se realiza la narración de este episodio –que determina su salida de Argelia y la llegada a España– pone de manifiesto que el relato es coherente, trabado y verosímil. Cuestión diferente es si se proporcionan o no indicios sobre la veracidad del mismo, lo que es una cuestión que ha de resolverse en el procedimiento de asilo y no en la presente fase de inadmisión.

(...).

Asilo

Pues bien, en este caso, la ahora apelante narra en su solicitud una situación de persecución por razón de sus ideas políticas, manifestadas a través de su participación en manifestaciones y protestas, lo que ha provocado que haya sido detenido en varias ocasiones y que se haya tenido que esconder de las autoridades de su país de origen. De modo que las consecuencias de su disidencia política fueron las sucesivas detenciones, tras las protestas realizadas por la muerte de un conocido cantante que denunciaba la marginación del pueblo Tamazig, (...) en el que consta la noticia de la muerte del artista citado.

Por tanto, la parte apelante tiene razón cuando declara que en este trámite de admisión no puede pronunciarse el juez de instancia sobre si concurren o no indicios suficientes de la persecución sufrida, pues tal cuestión solo corresponde para la concesión del derecho de asilo y no para su inadmisión a trámite, *ex* artículo 8 de la Ley de Asilo. Y aun en esta resolución final tampoco se precisa una prueba plena, bastando la concurrencia de los expresados indicios.

Además, debemos reparar a estos efectos que la carga legalmente atribuida al solicitante de asilo consiste en «exponer de forma detallada los hechos, datos o alegaciones en que fundamente su pretensión», *ex* artículo 8.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley 5/1984, de Asilo, aprobado por Real Decreto 203/1995, y que a tenor de lo expuesto en el fundamento primero, ha sido cumplida en este caso.

A la luz de cuanto llevamos expuesto se colige que no concurre la causa de inadmisión aplicada por la Administración y confirmada por el juez de lo contencioso administrativo, pues el relato no es «manifiestamente» inverosímil. Por el contrario, la narración de los hechos contenida en la solicitud de asilo reúne una apariencia de verdad suficiente para el trámite de admisión, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo".

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 27 de febrero de 2008.
Recurso de Apelación: 10/2008.
Ponente: Don Carlos Lesmes Serrano.
Voz: Asilo: nacional de Sudán. Medidas cautelares.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente quien no aporta la concurrencia de motivos de especial riesgo para su vida o integridad física que se producirían de no suspenderse la resolución administrativa impugnada.

"El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso de apelación el día 27 de noviembre de 2007, en el que argumenta, básicamente, que el Auto apelado es totalmente conforme y ajustado a Derecho, por cuanto no se ha acreditado la existencia de circunstancias claras y excepcionales que hagan perder la finalidad del recurso. Igualmente alega que no existe un verdadero riesgo contra la integridad física de la recurrente en caso de retorno a su país de origen.

Por otro lado alega que la salida obligatoria impuesta no conlleva la expulsión automática, sino que es una medida que se debe adoptar voluntariamente por el recurrente antes de que finalice el plazo concedido, pudiendo retornar a España en cualquier momento, siempre y cuando cumpla con el resto de los requisitos de entrada previstos en la normativa general de extranjería. Sólo en caso de no realizarse la salida obligatoria voluntariamente, quedaría el recurrente, desde ese momento, sometido a la legislación general de extranjería pudiendo ser sometido a un procedimiento de expulsión contra al artículo 53.a) de la LO 4/2000, pudiendo en tal caso el recurrente solicitar ante el órgano competente la suspensión del Decreto de expulsión.

Concluye sus alegaciones manifestando que no dándose el supuesto previsto en la norma para suspender el aspecto positivo de la resolución de inadmisión a trámite, y toda vez que la salida obligatoria es voluntaria y no conlleva la inmediata expulsión de territorio nacional, ningún perjuicio

se le ocasionará a la recurrente en caso de que se le incoe un expediente de expulsión si no retorna a su país voluntariamente.

(...).

En el caso de autos, la recurrente, nacional de Sudan, se limita a impugnar el Auto que deniega la adopción de la medida cautelar argumentando que la ejecución del acto impugnado puede hacer perder la finalidad legítima del recurso objeto de la presente litis, en la provisionalidad de la medida solicitada y que ésta no va a ocasionar una perturbación grave a los intereses generales o de tercero que pueda el Juez o Tribunal ponderar en forma circunstanciada.

No razona sin embargo en forma concreta la concurrencia de motivos de especial riesgo para su vida, integridad física u otras circunstancias específicas o singulares que se producirían de no suspenderse la resolución administrativa impugnada y que puedan justificar la suspensión interesada. Tampoco se atisba a vislumbrar las razones por las que se dificulta su defensa en este proceso en el caso de la no suspensión teniendo en cuenta que está asistida de letrado, que representará sus intereses aún en el caso de que se acordara su salida del territorio nacional.

En definitiva, por las razones expuestas y en aplicación de la anterior doctrina, procede desestimar el recurso interpuesto".

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 5 de marzo de 2008.
Recurso de Apelación: 206/2007.
Ponente: Doña Pilar Teso Gamella.
Voz: Denegación de asilo: Colombia. Relato inverosímil.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente. El solicitante de asilo no ha proporcionado un relato aparentemente veraz de la persecución sufrida por lo que su relato resulta inverosímil.

"Debemos dejar constancia inicial, a tenor de lo documentado en el expediente administrativo, que en su solicitud de asilo el ahora apelante declaró (...) vivía en su familia en un finca, en el municipio de Versalles. En 1996 se traslada toda la familia a Buga, por problemas con la guerrilla. Estando en Buga son localizados y amenazados, exigiéndoles una «vacuna» que no pagaron. Por tal razón su marido es asesinado el 18 de diciembre de 2003, por lo que se marcha con sus hijas y su hermano a Bogotá. Posteriormente su hermano se traslada a Cali para llevar la explotación, y allí sufre un «atentado» el 7 de mayo de 2004. Cuando se repuso se trasladó a Buga. Y el 8 de febrero de 2006 toda la familia se reúne en Cali por el fallecimiento de su abuela y ese mismo día es asesinado su hermano, de dos disparos. Al no tener a su hermano decide trasladarse a Cali. Igualmente su padre es asesinado cuando regresa a Versalles a intentar vender la finca familiar. Ella recibió amenazas de correr la suerte de su marido, hermano y padre si no pagaba a las FARC, por lo decidió abandonar su país.

(...).

En este supuesto la inverosimilitud de la narración de la recurrente que se contiene en su solicitud de asilo, y a la que se ha hecho mención en el primer fundamento, resulta de la narración de las causas por las que huye de su país de origen, Colombia.

Así es, la parte ahora apelante aporta documentación justificativa de las diferentes muertes violentas en su familia, concretamente primero es asesinado su marido, luego su hermano y finalmente su padre, aportando diversos documentos sobre la denuncia de tales hechos. De tal soporte documental llama la atención especialmente, como señala la Sentencia impugnada y el informe de la instrucción obrante en el expediente administrativo, el certificado del Alcalde del municipio de Versalles de 25 de septiembre de 2006 (...) en él se

Asilo

constata que su hermano falleció de forma violenta el 8 de febrero de 2006, y que su padre lo hizo el 7 de octubre de 2006, es decir, narra un suceso que ocurre días después. Estas circunstancias revelan la falta de credibilidad de la documentación aportada en la que prevén episodios que todavía no han sucedido.

Si a lo expuesto añadimos que el relato no resulta aparentemente veraz, pues carece de sentido que la recurrente se traslade a Cali, donde había sido asesinado su hermano, si tenemos en cuenta la huida anterior de Versalles a Buga y de ahí a Bogota y Cali. En este sentido, por tanto, el relato no refleja una narración congruente y aparentemente veraz, como antesala de la verosimilitud, sobre las causas por las que huye de su país de origen.

Por lo demás, respecto a lo que se aduce en el escrito apelatorio a propósito de la no necesidad de prueba plena, debemos señalar que en este trámite de admisión efectivamente, no puede pronunciarse la Administración, primero, y el juez administrativo, después, sobre si concurren o no indicios suficientes de la persecución sufrida, pues tal cuestión solo corresponde para la concesión del derecho de asilo y no para su inadmisión a trámite, *ex* artículo 8 de la Ley de Asilo. Por tanto, en la citada resolución final tampoco se precisa una prueba plena, bastando la concurrencia de tales indicios. Ahora bien, sucede simplemente que, en este caso, el solicitante de asilo no ha proporcionado un relato aparentemente veraz de la persecución sufrida, por lo que su relato resulta inverosímil como se señala en la sentencia impugnada. Teniendo en cuenta que la verosimilitud es una apariencia de veracidad, y no una circunstancia que precise de prueba o acreditación alguna.

(...).

Acorde con las consideraciones anteriores no concurre, como ya señaló la sentencia impugnada, la apariencia de verdad que resulta esencial para admitir a trámite la solicitud de asilo, pues debemos tener en cuenta que estamos ante una institución que tiene una naturaleza y finalidad específica, que no puede extenderse a otros supuestos, pues se desvirtuaría su significado y se impediría el cumplimiento de la finalidad protectora que debe dispensar".

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 5 de marzo de 2008.
Recurso de Apelación: 214/2007.
Ponente: Doña Lourdes Sanz Calvo.
Voz: Asilo: nacional de Gambia. Relato congruente y verosímil.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmitió a trámite su solicitud de asilo.

"La sentencia apelada argumenta en su Fundamento de Derecho tercero, que el hecho de que el solicitante sea documentado sin problema alguno por las autoridades de su país y de que viaje portando documentación que supuestamente lo acredita como militar, resulta incomprensible e incongruente dado el relato de persecución y huida de la cárcel que alega. Además, señala, el hecho de que el solicitante portara en su huida documentación militar hace dudar de que su identificación suponga riesgo alguno para su persona, todo lo cual hace La parte apelante trata de desmontar los razonamientos de la sentencia de instancia, efectuando en su escrito de interposición del recurso de apelación los siguientes alegatos.

Por lo que respecta a la documentación militar que portaba, se trata de un certificado del ejército de Gambia de haber realizado la instrucción militar, documento que no otorga ningún privilegio ni ventaja para moverse en su país. Por lo que se refiere al pasaporte, fue proporcionado por un tío suyo, persona influyente y antiguo militar, por lo que no

cabe decir que fue documentado sin problemas por las autoridades de su país.

(...).

El solicitante de asilo relata (...) que vivía en Gambia, trabajaba de soldado en Fajara Barracks, en telecomunicaciones, enviaba y recibía mensajes, él era el primero en recibir toda la información para distribuirla. Dice que su hermano fue uno de los guardaespaldas del presidente Alhajie Yaya Ajj que accedió al poder en 1994 y que ante una sospecha el 27 de febrero de 2005, cinco oficiales fueron acusados de atentar contra él, entre ellos su hermano, fueron a arrestar a su hermano encontrándose el solicitante en ese momento en la casa y como trabajaba para telecomunicaciones pensaron que les pasaba información y que podía estar implicado en la planificación del atentado y le detuvieron. Continúa relatando que el 29 de abril se escapó de la prisión, de madrugada, y consiguió llegar hasta la frontera de Senegal desde donde llamó a su hermano pequeño para que se pusiera en contacto con un tío suyo que había trabajado como soldado y conocía a mucha gente en inmigración, para que le hicieran un pasaporte para poder cruzar la frontera porque no podía presentar la tarjeta militar, que se hizo 2 fotografías y en una semana le hicieron el pasaporte que se lo llevó su hermano junto con un poco de dinero. Que desde allí se marchó a Mauritania y desde allí se trasladó hasta España, llegando en patera a las Palmas de Gran Canaria.

Con la solicitud de asilo aportó copia del pasaporte, copia de la carta de identidad de soldado y certificado de la Escuela de Entrenamiento de las Fuerzas Armadas de Gambia.

La instrucción (...) esgrime en favor de la inadmisión a trámite (...).

Sin embargo, como acertadamente señala el apelante el hecho de que portara dicha documentación militar no significa que la utilizara y en este sentido el propio solicitante ha relatado las razones por las que no podía utilizarla y que motivaron que solicitara a su tío, un antiguo militar, que le proporcionara un pasaporte para poder abandonar el país, pues tenía muchos conocidos en inmigración. Es decir, el solicitante ha relatado las circunstancias en que se produjo la expedición del pasaporte.

Frente a lo que se reseña en la resolución administrativa de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, no se considera que el relato del solicitante –al que hemos hecho referencia más arriba– pueda tildarse de incongruente y manifiestamente inverosímil, por lo que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, se estima procedente declarar el derecho del recurrente a la admisión a trámite de su solicitud de asilo.

Ello lógicamente, sin perjuicio, de lo que con posterioridad y en el procedimiento correspondiente se pueda acreditar sobre la existencia o realidad de dichos hechos, bastándonos en este procedimiento para acordar la admisión a trámite de la solicitud".

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 12 de marzo de 2008.
Recurso de Apelación: 205/2007.
Ponente: Don Carlos Lesmes Serrano.
Voz: Solicitud de asilo y orden de expulsión. Nacional de Camerún.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente quien, antes de su solicitud de asilo, se encontraba en España en situación de ilegalidad habiéndose dictado orden de expulsión contra él, por lo que se considera que la solicitud de asilo ha sido utilizada frecuentemente.

"El presente recurso lo dirige don Carlos Ramón, contra la Sentencia 361/2007 de fecha 3 de octubre de 2007, del Juzgado Central de lo Contencioso-

Administrativo núm. 10, por la que se desestima el recurso interpuesto por el actor frente a la resolución dictada por el Ministerio del Interior de 7 de agosto de 2006, por la que se acuerda inadmitir a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España del recurrente.

El ahora recurrente que dice ser nacional de Camerún, presentó su solicitud de asilo el 31 de mayo de 2006. Según su relato durante una cacería su padre mató al hijo del jefe del pueblo Bafut cuando éste tenía 28 años. Entonces le dijo a su padre que cuando su hijo tuviera esa misma edad se lo tenía que entregar ya que eso allí era una costumbre. Como su padre no quería entregarlo aprendió el oficio de mecánico y se marchó del país ya que no tenía seguridad.

En el informe de la instrucción, que sirve de fundamento a la resolución administrativa, se señala que las razones expresamente alegadas carecen de fundamento y resultan de todo punto inverosímiles. Por otro lado el solicitante se encuentra en España en situación de ilegalidad al menos desde el 16 de agosto de 2005, habiéndose dictado orden de expulsión contra él por la Delegación del Gobierno en Melilla el 25 de agosto de 2005, notificada el 6 de septiembre de 2005, antes de la solicitud de asilo por lo que se considera que la solicitud de asilo ha sido utilizada fraudulentamente. Tampoco presenta el solicitante ningún documento acreditativo de su identidad ni de la nacionalidad que manifiesta poseer. También se considera que no existen razones humanitarias para la aplicación del artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

(...).

Pues bien, en este caso los hechos denunciados no tienen objetivamente la consideración de persecución pues ni siquiera se justifican las amenazas en alguna de las razones que permitan calificarlas como persecución en el sentido que a esta expresión da la Convención de Ginebra de 1951 y demás instrumentos internacionales de aplicación a la institución del asilo. Tampoco desde la perspectiva del juicio de valoración que merece el relato se puede afirmar que éste sea creíble, más bien carece manifiestamente de una apariencia mínima de veracidad. Como se pone de manifiesto en el expediente, y así se destaca en la sentencia ahora examinada, el recurrente sólo presentó su solicitud de asilo cuando la Administración española iba a hacer efectiva la orden de expulsión decretada un año antes lo que pone de manifiesto la inexistencia de temores de ningún tipo en relación con los hechos supuestamente ocurridos en el que dice ser su país de origen. Esta conducta, junto al contenido de su propio relato, permiten establecer un juicio de inverosimilitud, que es lo que hace la Administración en su resolución y confirma el Juez en su sentencia. La Sala no puede sino coincidir con la valoración realizada y desestimar el recurso de apelación.

(...).

El hecho de que en el relato se expresen determinadas situaciones de violencia no puede llevar por sí solo al acogimiento de su pretensión pues la existencia de una situación de esa naturaleza en un país no determina por sí misma protección al amparo del artículo 17.2 de la ley de asilo. Una lectura atenta de este precepto permite afirmar que sólo cuando las situaciones conflictivas estén determinadas por alguno o algunos de los motivos determinantes de la protección propia del asilo pueden dar lugar a la aplicación de la protección prevista en esta norma, debiendo reconducirse el resto de las situaciones, si ello fuere posible, a la legislación general de extranjería. En definitiva, aunque no es requerido en estos casos la constatación de una persecución individual sí lo es que el conflicto sea de los que puedan determinar la concesión del derecho de asilo, esto es que se trate de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso según literalmente señala el propio precepto invocado, circunstancia que aquí no se da o al menos no se ha probado.

Asilo

En definitiva, al no haberse producido ninguna infracción de la normativa invocada, procede la confirmación de la sentencia recurrida".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 27 de marzo de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 192/2006.
Ponente: Don Carlos Lesmes Serrano.
Voz: Revocación de asilo: ciudadano de Guinea Ecuatorial.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. Se anulan los Acuerdos impugnados por el Consejo de Ministros por los que se decidió revocar la concesión del asilo. La participación del recurrente en diversas actuaciones, tales como tráfico de armas y contratación de mercenarios, no ha resultado acreditada.

"Se cuestiona en el presente recurso la legalidad del Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en su reunión de fecha 17 de marzo de 2006, por el que fue desestimado el recurso de reposición formulado por don Augusto, de nacionalidad ecuatoguineana y asilado político en España desde el 13 de marzo de 1986, contra el anterior Acuerdo del citado Consejo de Ministros, adoptado en su reunión de 30 de diciembre de 2005, por el que le fue revocada la mencionada concesión del asilo.

Se citan en los Acuerdos del Consejo de Ministros como hechos determinantes de la decisión adoptada las «actividades realizadas desde España por el Sr. Augusto contra el régimen político actual de Guinea Ecuatorial, en concreto los intentos de golpe de estado de mayo de 1997, de febrero y marzo de 2004, así como el desplazamiento a Croacia en marzo de 2005 para entablar diferentes contactos con empresarios vinculados con negocios petrolíferos y de compraventa de armas».

(...).

Y es, en este espacio, en el que hemos de continuar con nuestro análisis en relación con las actividades del recurrente, las cuales no hemos podido conectar con los elementos –que hemos calificado de sensibles– que se destacan en las Resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas, cuales son el tráfico de armas y la contratación de mercenarios. En todo caso, y aunque resulte obvio, debemos insistir en que no corresponde a este ámbito jurisdiccional, el examen de las especiales características del régimen político imperante en la República de Guinea Ecuatorial, ni tampoco el de su calidad democrática; aunque sí tomar en consideración –y recordar– la situación del recurrente como asilado o refugiado político en nuestro país, por haber sufrido persecución, estar sometido a enjuiciamiento o haber sido condenado en el país de su nacionalidad por sus opiniones o actividades políticas –como señalaba la Resolución del Ministro del Interior de 13 de marzo de 1986– sin que conste que tal situación se haya visto alterada como consecuencia de la evolución política de dicho régimen ecuatoguineano desde el expresado año de 1986.

Son –en síntesis– tres las actividades del recurrente a las que se pretende anudar la revocación de la condición de asilado por parte de los Informes (1 y 2) de la Comisaría General de Información y del Centro Nacional de Inteligencia, y que el primero de los Acuerdos del Consejo de Ministros que examinamos concreta en los términos que ya conocemos: «actividades realizadas desde España por el Sr. Augusto contra el régimen político actual de Guinea Ecuatorial, en concreto, los intentos de golpe de estado de mayo de 1997, de febrero y marzo de 2004, así como el desplazamiento a Croacia en marzo de 2005 para entablar diferentes contactos con empresarios vinculados con negocios petrolíferos y de compraventa de armas».

(...).

Del análisis de estos hechos podemos deducir, al menos por la vía de los indicios, el conocimiento por parte del recurrente de la integridad de la actuación prevista y dirigida al derrocamiento del

régimen ecuatoguineano: esto es, la llegada de un avión a Malabo desde el Aeropuerto de Harare –Zimbabwe– pertrechado de armas y mercenarios; la intervención simultánea interna de un pequeño grupo de mercenarios y ecuatoguineanos que conducirían a los primeros en la búsqueda y localización de los objetivos previstos; y, la posterior llegada desde Canarias, vía Malí, del recurrente acompañado de los financiadores de la operación. Sin embargo, en modo alguno queda acreditada, ni siquiera por la expresada vía de los indicios, la planificación de la operación por parte del recurrente; ni su control, liderazgo o financiación; ni, siquiera, su contacto o relación previo con quienes –por motivos fundamentalmente económicos– actuaron como planificadores y financiadores de la misma; ni, por supuesto –siendo éste el aspecto que nos interesa destacar– tampoco queda acreditada la relación directa del recurrente con el aspecto –que pudiéramos calificar de técnico– de la contratación de las armas y mercenarios. Debemos insistir en que el único contacto acreditado del recurrente con quienes habían diseñado, preparado y financiado la operación de derrocamiento del Presidente de Guinea Ecuatorial es el vuelo conjunto desde el Aeroclub de Gran Canaria a Bamako (Malí) y regreso al Aeropuerto de Gando en Gran Canaria con quienes, al parecer, se encontraban conectados con el grupo de Zimbabwe; en tal actuación (en todo momento controlada por los servicios de información españoles, como acreditan la fotografía del avión bimotor en el Aeroclub y el relato relativo a incidencia de la prueba motociclista y, por otra parte, el posterior control policial en el Aeropuerto de Gando al regreso de Bamako), no se detecta la presencia de armas, ni de documentación propia de la preparación y planificación de la operación, ni tampoco signo alguno de ser dicho grupo, en el que se integró el recurrente, el que ejercía el mando superior y directo de la operación.

(...).

Aplicando lo anterior al supuesto concreto el Informe considera que tal cláusula sería de aplicación al supuesto del recurrente como consecuencia de los «actos de organización, preparación y participación en un golpe de Estado en Guinea Ecuatorial, siempre en estrecha relación y de forma acumulada con la presunta intervención del mismo en actos de tráfico ilegal de armamento y reclutamiento ilegal de mercenarios», destacándose en el Informe de la Asesoría Internacional estas dos concretas actuaciones –tráfico de armas y contratación de mercenarios– como las realmente determinantes de la exclusión de dichas cláusulas al deber de considerarse como «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas», y, partiendo de la base de la expresada intervención del recurrente en dichas concretas actividades. En el Informe se afirma que «si tal como se manifiesta en el Informe de la Comisaría General de Información, el Sr. Augusto ha intervenido en la preparación, organización y ejecución de golpes de Estado contra el Gobierno de Guinea Ecuatorial y, simultáneamente y con tal ocasión ha participado igualmente en supuestos de tráfico de armas y en el reclutamiento de mercenarios a tal fin, cabe subsumir dichos comportamientos en el supuesto previsto en el artículo 1.F).c) de la Convención de Ginebra».

Sin embargo, como sabemos, la participación del recurrente en tales concretas actuaciones –tráfico de armas y contratación de mercenarios– no ha resultado acreditada, ni para nosotros, ni para el Tribunal ecuatoguineano que lo juzgó en rebeldía, tratándose, por otra parte, de actuaciones –organizadas sin la intervención directa del recurrente– que se desarrollaron en lugares muy lejanos al Reino de España, como ocurre con Zimbabwe.

Nos vemos, pues, obligados a proceder a la anulación de los Acuerdos impugnados del Consejo de Ministros por los que se decidió revocar la concesión del asilo al ciudadano de Guinea Ecuatorial Augusto; derecho de asilo que le había sido conce-

dido mediante Resolución del Ministro del Interior de fecha 13 de marzo de 1986".

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 7 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 5052/2004.
Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.
Voz: Orden de expulsión estando pendiente legalización.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. No resulta conforme a Derecho la orden de expulsión mientras la Administración no ha resuelto la solicitud de permiso de residencia, de trabajo o de regularización de su situación.

"El actor interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de fecha 17 de febrero de 2003, por la que se acordó su expulsión del territorio nacional, (...), con prohibición de entrada por un período de tres años. En el escrito de interposición solicitó la suspensión cautelar de la resolución administrativa impugnada, alegando que ya antes de ser detenido e iniciarse el expediente sancionador (la fecha de inicio de dicho expediente fue el 8 de octubre de 2002) había dado los primeros pasos para regularizar su situación jurídica en España, habiendo solicitado permiso de residencia y trabajo en Madrid, el cual se hallaba pendiente de resolución. Adjuntó al escrito de interposición una diligencia suscrita por el funcionario instructor de aquel expediente sancionador con fecha 18 de octubre de 2002, en la que literalmente se decía, entre otros extremos, lo siguiente: «en relación con la solicitud de permiso de residencia y trabajo a nombre de D. Leonardo, con registro de entrada con fecha 11 de noviembre de 2002, hay que señalar que se ha comprobado por parte de esta instrucción que dicha solicitud tuvo que ser realizada por lo menos con cuarenta días de antelación a dicha fecha, es decir, antes del 7 de octubre de 2002, fecha de su detención, puesto que la Delegación del Gobierno en Madrid, por medio de cita previa, tiene ese margen. Asimismo, se ha comprobado que efectivamente el expedientado realizó dicha entrevista con fecha 11 de noviembre de 2002 y que se está a la espera de la resolución de dicha solicitud por parte de la Delegación del Gobierno de Madrid».

(...).

Ciertamente, es doctrina jurisprudencial consolidada que no resulta conforme a derecho la orden de expulsión o la obligación de salida del territorio español mientras la Administración no ha resuelto la solicitud de permiso de residencia, de trabajo o de regularización de la situación de un ciudadano extranjero, oportunamente presentadas. Esta doctrina jurisprudencial es de aplicación al caso que nos ocupa, pues a tenor de la documentación adjunta al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo puede considerarse acreditado –el instructor del expediente sancionador lo reconoció de forma expresa– que, en efecto, el recurrente había promovido antes de su detención la regularización de su situación jurídica en España.

Surge, no obstante, un aparente problema para la estimación del recurso, puesto de manifiesto por el propio recurrente en su recurso de súplica, cual es que tras dictarse la resolución sancionadora de expulsión, dicha resolución fue ejecutada. No cabe extraer otra conclusión a la vista del hecho de que aquél, tras pedir por segunda vez permiso de residencia y trabajo, fue citado a una entrevista en el Consulado de España en Lima. Si así fue, ello sólo puede deberse a que el interesado había dejado España en ejecución de esa orden de expulsión y había regresado a su país de origen. Situados en esta perspectiva, hemos de plantearnos si la eje-

Expulsión

cución efectiva del acto administrativo impide acceder a la suspensión cautelar de ese mismo acto ya ejecutado. Pues bien, alguna sentencia de esta Sala se mueve en esta línea. Así, la STS de 18 de julio de 1996 (...) apuntaba que «es clara y reiterada la doctrina de esta Sala en orden a la imposibilidad de aplicar la medida de suspensión respecto a los actos ya ejecutados.... ya que la esencia de la medida cautelar de suspensión de la ejecución pugna con la ya ejecución del acto a que se refiere, al carecer de sentido suspender algo que está ejecutado». Sin embargo, esta línea jurisprudencial ha sido corregida por SSTS como la de 10 de julio de 2000 (...), donde se concluye que «si la suspensión llegare a otorgarse produciría un efecto cautelar nada deleznable, puesto que el acto impugnado en el proceso principal tiene un doble contenido: la orden de expulsión –ya ejecutada, según nos dice el recurrente– y la prohibición de entrar en territorio nacional español durante tres años. Es este segundo aspecto el que podría ser corregido con el eventual otorgamiento de la suspensión solicitada». Esta doctrina es, sin duda, aplicable al presente caso, pues la orden de expulsión dictada contra el interesado conllevaba la prohibición de entrada en territorio español durante tres años.

No se desvirtúa la conclusión estimatoria que hemos alcanzado por el hecho de que (siempre a tenor de la información que suministró el mismo recurrente en su recurso de súplica, no desmentida ni contradicha por la parte contraria), la solicitud de permiso de residencia y trabajo que estaba pendiente de resolución al tiempo de acordarse la expulsión fue finalmente denegada por la Administración, antes de que la Sala de instancia dictara su auto de 10 de octubre de 2003 . Este dato, decimos, no desvirtúa nuestra conclusión estimatoria del presente recurso de casación, ante todo porque no consta la firmeza de esa denegación al tiempo de la resolución del Tribunal *a quo,* y en todo caso subsiste el hecho de que la ejecución de la orden de expulsión, antes de que la Sala de instancia se hubiera pronunciado sobre la medida cautelar solicitada, fue contraria a Derecho, y esta declaración pudiera surtir efectos favorables para el interesado, por ejemplo, de cara a la tramitación y decisión sobre su segunda solicitud de permiso de trabajo y residencia".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 8 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 2083/2004.
Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.
Voz: Expulsión: no es acto de trámite si propone internamiento.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto contra la resolución por la que se decretó su expulsión del territorio nacional.

"El recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo indicando en el «hecho» primero que con fecha 26 de marzo de 2003 le había sido notificada la iniciación de un procedimiento sancionador contra él, por carecer de documentación que acreditase su estancia legal en España. Seguidamente, en el «fundamento jurídico» primero, señaló que «se impugna mediante este escrito la resolución por la cual se acuerda la iniciación del procedimiento administrativo sancionador de don Marcelino, nacional de Rumania de fecha 26 de marzo de 2003 dictada por funcionarios del cuerpo nacional de policía de Madrid». Consiguientemente, en el «suplico» pidió que se tuviera por interpuesto recurso contra la referida resolución de 26 de marzo de 2003.

La Sala de instancia, mediante Auto de 16 de octubre de 2003, confirmado por Auto de 18 de diciembre de 2003, acordó la inadmisión del recurso, señalando, entre otras razones, lo siguiente: «Como ya se ha pronunciado esta Sala y Sección en numerosos Autos, el acuerdo de incoación de un expediente es un acto de trámite puro insusceptible de impugnación autónoma, sin que el hecho de que la Administración no haya concluido y resuelto el expediente en plazo autorice a impugnar una su-

puesta caducidad que sólo se produciría si se llega a adoptar la resolución sancionadora fuera de plazo, y es entonces cuando, mediante la impugnación de esa Resolución final, cabrá instar su anulación por caducidad del procedimiento».

(...).

Alega el recurrente que «el acto que se pretende recurrir es un acto de trámite que decide indirectamente el fondo del asunto, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, produce indefensión y perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos, pues es contra la iniciación de un procedimiento de expulsión»; y añade que el hecho de que el expediente de expulsión esté en trámite reviste, por sí solo, efectos desfavorables para el expedientado.

Este motivo debe ser estimado.

Tanto en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo como ahora en el recurso de casación, la parte actora ha dicho con claridad que el acto impugnado es el Acuerdo de iniciación del expediente de expulsión, del que adjuntó copia a dicho escrito de interposición; acto que inicia un procedimiento sancionador, y, en tal sentido es, sin duda, un acto de trámite (en el recurso de casación parece referirse asimismo a la posible caducidad del expediente sancionador, pero no fue ese el acto impugnado en el proceso y además no consta que esa caducidad se haya planteado en vía administrativa, por lo que no cabe suscitarla por primera vez en esta sede jurisdiccional).

Ahora bien, ese acto de inicio del procedimiento sancionador hace algo más, a saber, pone una condición imprescindible para que el Juez de Instrucción adopte la medida cautelar de internamiento. En efecto, se decide en el mismo «proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado, al Juez de Instrucción que disponga su ingreso en centro de internamiento, en tanto se sustancia el expediente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62 de la LO 4/2000, (...)».

No cabe duda de que esta determinación (que no es condición suficiente para el posterior e hipotético internamiento, pero que es condición necesaria, pues sin ella no puede darse), afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una decisión actual de la que depende aquélla".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 12 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 2525/2004.
Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.
Voz: Expulsión de ciudadano rumano: Unión Europea.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se acordó su expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada por tres años. A los ciudadanos rumanos y búlgaros no se les puede sancionar actualmente con la expulsión por el simple hecho de no poseer la documentación personal en regla.

"Pues bien, este reglamento aprobado por RD 240/2007 establece en su artículo 15 una serie de supuestos, claramente configurados como excepcionales, en los que cabe expulsar del territorio español al ciudadano de otro Estado miembro de la Unión, señalando que «únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de sus familias, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública». El mismo precepto matiza, en su apartado 7.º, que «la caducidad del documento de identidad o del pasaporte con el que el interesado efectuara su entrada en España, o, en su caso,

de la tarjeta de residencia, no podrá ser causa de expulsión», y añade en el apartado 8.º que «el incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro conllevará la aplicación de las sanciones pecuniarias que, en idénticos términos y para supuestos similares, se establezca para los ciudadanos españoles en relación con el Documento Nacional de Identidad». Así pues, a los ciudadanos rumanos y búlgaros no se les puede sancionar actualmente con la expulsión por el simple hecho de no poseer la documentación personal en regla.

Justamente porque los nacionales rumanos y búlgaros tienen la consideración de ciudadanos europeos, no les es de aplicación la Ley Orgánica 4/2000, al menos en cuanto al régimen sancionador (...).

(...) Por eso, el dato relevante a los efectos que ahora nos interesan no es si la sanción impuesta por la Administración en su día lo fue o no de forma correcta atendidos los hechos concurrentes y el marco normativo entonces vigente, o si el Tribunal de instancia acertó o no al desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución sancionadora, atendido ese mismo marco normativo. El dato relevante aquí y ahora, decimos, es que por obra de la evolución sobrevenida del Ordenamiento Jurídico, la específica conducta por la que el actor fue en su día castigado ha dejado de estar tipificada como infracción administrativa para él y para los ciudadanos de su misma nacionalidad, por lo que carece de sentido mantener una sanción referida a una conducta que ha dejado de merecer un juicio de desvalor para el legislador.

(...).

En el caso que ahora nos ocupa, el recurrente, ciudadano rumano, fue sancionado con la expulsión del territorio nacional por aplicación del tantas veces mencionado artículo 53.a), y eso por encontrarse en España careciendo de documentación válida para legitimar su permanencia en territorio nacional. A la vista de las consideraciones expuestas en los fundamentos precedentes, plenamente aplicables a este caso, y habida cuenta, en definitiva, que esa conducta ha dejado de ser desvalorada jurídicamente desde el momento que el país del que el actor es nacional ha ingresado en la Unión Europea, procede declarar haber lugar al recurso de casación y estimar el recurso contencioso administrativo, con anulación de la sanción impuesta".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 13 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 2110/2004.
Ponente: Don Rafael Fernández Valverde.
Voz: Expulsión de ciudadano búlgaro: Unión Europea. Autorización para trabajar: moratoria.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. Desde enero de 2007 los ciudadanos búlgaros y rumanos residentes en España no pueden ser sancionados por encontrarse trabajando en España sin permiso, dado que los mismos, desde el Tratado de Adhesión, cuentan con autorización de residencia válida.

"En el caso que ahora nos ocupa, el recurrente, ciudadano búlgaro, fue sancionado con la expulsión del territorio nacional por aplicación del tantas veces mencionado artículo 53.a), y eso por encontrarse en España careciendo de documentación válida para legitimar su permanencia en territorio nacional. A la vista de las consideraciones expuestas en los fundamentos precedentes, plenamente aplicables a este caso, y habida cuenta, en definitiva, que esa conducta ha dejado de ser desvalorada jurídicamente desde el momento que el país del que el actor es nacional ha ingresado en la Unión Europea, procede –en relación con este particular derivado del artículo 53.a) de la LO 4/2000– declarar haber lugar al recurso de casación y estimar el recurso contencioso administrativo, con anulación de la sanción impuesta.

Expulsión

Mas, no debemos olvidar que, en el concreto supuesto de autos, la resolución administrativa dictada por la Delegación del Gobierno en Navarra, y confirmada por la sentencia de instancia, imponía al recurrente la expulsión del territorio nacional no solo por la infracción tipificada en el apartado a) del citado artículo 53 LOE4/00, sino también por la prevista en el apartado b) del mismo artículo, esto es, «Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida».

Esto nos sitúa en la concreta cuestión relativa a la posibilidad de sancionar, durante el período transitorio que resta hasta final del presente año 2008, a los ciudadanos rumanos y búlgaros que se encuentren trabajando por cuenta ajena en España, sin el correspondiente permiso o autorización; y ello, como consecuencia de las cláusulas de salvaguardia introducidas por España en los Anexos VI y VII del mencionado Tratado de Adhesión de 25 de abril de 2005 y concretadas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de diciembre de 2006, que, como ya hemos expresado, quedan limitadas –en principio– a la libertad de circulación y residencia.

Por tanto, y como consecuencia de las decisiones expresadas, debemos partir de la situación de los nacionales de dichos países que, de forma transitoria, tienen restringido el derecho a desempeñar ocupaciones laborales retribuidas por cuenta ajena –que no por cuenta propia–, y sin perjuicio de que pueden seguir obteniendo la correspondiente autorización administrativa para poder trabajar por cuanta ajena durante dicho período transitorio; la cuestión concreta que nos ocupa –insistimos– es la relativa a la posibilidad de ser sancionados por la Administración española en el caso de encontrase trabajando, por cuenta ajena, sin el correspondiente permiso, y durante el expresado período transitorio.

La respuesta ha de ser necesariamente negativa, con base en los siguientes razonamientos:

1.º La tipificación que se contiene en el expresado artículo 53.b) de la LOE 4/2000 limita y concreta la acción de «encontrarse trabajando en España sin la correspondiente autorización» a una situación determinada del extranjero: «cuando no cuente con autorización de residencia válida». Esto es, el tipo previsto en el presente apartado b) del artículo 53 exige para su viabilidad el encontrarse trabajando en España sin permiso y, además, el encontrarse en España sin autorización de residencia; dicho de otro modo, no se considera infracción grave en este apartado b) del artículo 53 el encontrarse en España trabajando sin permiso para ello, pero contando con autorización de residencia.

La aplicación, pues, de la doctrina contenida en el Fundamento Jurídico anterior nos lleva irremisiblemente a la conclusión de que, desde la fecha expresada (1.º de enero de 2007), los ciudadanos búlgaros y rumanos residentes en España no pueden ser sancionados por aplicación de la mencionada infracción [53.b) de la LOE 4/2000], esto es, por encontrarse trabajando en España sin permiso, al deber entenderse que los mismos, desde el Tratado de Adhesión mencionado, cuentan con autorización de residencia válida.

2.º Así, además, lo confirma el citado Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre Entrada y 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 Espacio Económico Europeo, de aplicación a los citados nuevos ciudadanos europeos, en cuanto regula «las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública»; todo ello, «sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales y

en los tratados internacionales en los que España sea parte»".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 14 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 2107/2004.
Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.
Voz: Devolución del extranjero: improcedencia de la expulsión.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. La Administración expulsó al extranjero cuando éste ni siquiera llevaba dos meses en territorio español. La estancia ilegal dentro de los primeros noventa días no está tipificada como infracción grave o muy grave sancionable con la expulsión.

"«En apoyo de su pretensión de anulación del acto administrativo impugnado, alega el recurrente la inaplicación del artículo 53.a) de la LO 4/2000, (...), que sirve de fundamento a la decisión de expulsarle del territorio nacional, argumentando que se encontraba en España en situación de estancia, ya que nunca ha permanecido en territorio español más de noventa días y, por tanto, no necesitó solicitar prórroga de dicha situación y tampoco autorización de residencia.

Es lo cierto, sin embargo, que el actor, como él mismo reconoce, no declaró su entrada en territorio nacional, tal como dispone el artículo 29.2 del RD 864/2001, de 20 de julio, aduciendo que no pudo hacerlo por no existir puesto policial, cuando la propia disposición prevé para este supuesto que la declaración de entrada se efectúe en cualquier Comisaría de Policía u Oficina de Extranjeros en el plazo máximo de 72 horas a partir del momento de la entrada en España, incumplimiento que evidencia la irregularidad de la permanencia en territorio nacional (artículo 29.1 del RD 864/2001), motivadora de la incoación del procedimiento que culminó con la decisión de expulsión, cuya adecuación a Derecho no puede quedar en entredicho por la simple alegación de una situación de mera estancia temporal, tanto más cuanto que, según el instructor, el visado que el recurrente dijo tenía no figura en ninguna página de su pasaporte».

(...).

El dato es relevante porque encontrándose aquel en los primeros noventa días desde su entrada en España, la Administración pudo devolverle pero no expulsarle, ya que la entrada ilegal y la estancia de esos primeros noventa días no están tipificadas como infracciones administrativas graves o muy graves en los artículos 53 y 54 de la LO 4/2000, (...), y, en particular, no lo está en el artículo 53.a), que es el precepto que la Administración ha aplicado indebidamente en este caso; ese precepto 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 las LLOO 4/2000 y 8/2000).

En estos casos, no constituyendo esos hechos infracciones muy graves o graves, lo que procede es la devolución del extranjero (desde luego, sin prohibición de entrada, que el artículo 58 reserva para los casos de expulsión), y no la expulsión (artículo 57.1, por exclusión). Así se deduce de una interpretación sistemática de los artículos 30 y 53.a) de las LLOO 4/2000 y 8/2000, y 138.1.b) del Reglamento 864/2001, de 20 de julio (en este sentido nos hemos pronunciado en SSTS de 28 de febrero, 27 de septiembre y 18 de octubre de 2007, RRC 9490/2003, 1830/2004 y 2298/2004).

En consecuencia, la expulsión ordenada en el presente caso por la Administración y la prohibición de entrada son disconformes a Derecho, (...)".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 25 de abril de 2008.

Recurso de Casación: 5530/2003.
Ponente: Don Juan José González Rivas.
Voz: Impugnación de expulsión por afectar a la libertad del extranjero.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. El Supremo declara que el acto administrativo recurrido inicia un procedimiento sancionador y que en este sentido es un acto de trámite, no obstante, también considera que en tanto que este acto incorpora una propuesta de internamiento por lo que se puede ver afectado el derecho fundamental a la libertad del actor, hay que entender impugnable el acto objeto de litigio.

"(...) el recurrente alega que el acto que se pretende recurrir es un acto de trámite impugnable, pues como destacaba el Ministerio Fiscal en las actuaciones de instancia, Si bien es cierto que dicho acto es de trámite, también es cierto que, en ocasiones, puede incidir en la esfera de los derechos fundamentales, precisando en este recurso de casación que se estima que efectivamente tal situación de posibilidad de incidencia negativa en el derecho fundamental a la libertad del actor (artículo 17.1 CE), pudiera producirse por el citado Acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador de expulsión impugnado, dada la propuesta al Juez de Instrucción para que disponga el ingreso del recurrente en centro de internamiento mientras se sustancia el expediente.

En efecto, la jurisprudencia ya citada, superando planteamientos anteriores, ha estimado recursos en los que se planteaba análoga cuestión a la que ahora nos ocupa [así, en las ya citadas Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 6 de octubre de 2006 (recurso 4465/2003), 12 de mayo de 2006 (recurso 4345/2003), y 28 de octubre de 2005 (recurso 3769/2003), y la reciente Sentencia de esta sección de 20 de abril de 2007 (recurso 9171/2003)] y al igual que en los casos resueltos en aquellas sentencias, en este caso el acto administrativo recurrido inicia un procedimiento de expulsión, y, en ese aspecto, es sin duda un acto de trámite.

Pero también en el Acuerdo recurrido se pone una condición imprescindible para que el Juez de Instrucción adopte la medida cautelar de internamiento y se decide proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado, al Juez de Instrucción que disponga su ingreso en centro de internamiento, en tanto se sustancia el expediente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62 de la LO4/2000, reformada por la LO 8/2000.

No cabe duda de que esta determinación (que no es condición suficiente para el posterior e hipotético internamiento, pero que es condición necesaria, pues sin ella no puede darse), afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una decisión actual de la que depende aquélla".

DERECHO AL TRABAJO

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

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Fecha: 11 de marzo de de 2008
Recurso: recurso de suplicación núm. 187/2008
Ponente: Dña. Garbiñe Biurrun Mancisidor
Voz: Extranjero en situación irregular. Subsidio por desempleo: denegación improcedente.

Resumen: "SEGUNDO.– Con amparo en el precitado artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, impugna el recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción de lo dispuesto en los artículos

215 y 216 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 36.3 de las Leyes orgánicas 4 y 8 del año 2000, reguladoras de la extranjería. Argumenta, en esencia, contra la denegación del subsidio de desempleo solicitado, que este nivel asistencial del desempleo tiene un carácter protector no de la situación del desempleado, sino de éste y su entorno familiar; que el cumplimiento de las condiciones requeridas para percibir este subsidio derivan de la relación laboral existente en su momento y que el actuar engañoso y fraudulento del empleador es el que ha llevado a la situación de precariedad en la que se halla, por lo que habría de ser la empresa la que corriera con los abonos del subsidio.

Recordemos ahora los hechos enjuiciados, tal como nos los proporciona la instancia, en relato no combatido por el recurrente. Son los siguientes: el demandante ha prestado servicios para la empresa demandada desde el 10 de marzo de 2004 hasta el 17 de noviembre de 2005; el demandante carece de permiso de residencia y de trabajo; la extinción de su relación laboral se calificó de despido nulo y esta Sala declaró su derecho a percibir la prestación por desempleo durante seis meses, con responsabilidad de la empresa y el anticipo del «INEM»; el demandante está casado y en octubre de 2006 ha tenido una hija a la que se ha reconocido la nacionalidad española; el demandante ha solicitado el subsidio de desempleo por cargas familiares en fecha de 20 de abril de 2007, lo que le ha sido denegado por el «INEM», en Resolución confirmada por la instancia.

La cuestión litigiosa consiste en determinar si tiene o no derecho el demandante al subsidio de desempleo, tras haber agotado la prestación por desempleo y tener cargas familiares, requisitos que el «INEM» no ha discutido. Ahora bien, la negativa del «INEM» a estimar el derecho reclamado viene dada por entender que no cumple el requisito de poder trabajar y de estar inscrito durante un mes domo demandante de empleo, así como los de presentar disponibilidad para aceptar una oferta de colocación adecuada y de buscar empleo activamente. Todo ello derivado de su condición de extranjero y de carecer de permiso de residencia y de empleo.

Los artículos 215 a 219 de la vigente Ley General de la Seguridad Social regulan el nivel asistencial de la protección por desempleo a través del subsidio por desempleo.

Se consideran beneficiarios de este subsidio a los desempleados que reúnan los siguientes requisitos –artículo 215.1 LGSS–: se inscriban, si no lo estuvieran ya, como demandantes de empleo en la oficina de empleo; permanezcan inscritos durante el período de espera de un mes; no rechacen oferta de empleo adecuada, ni se nieguen a participar en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada; en caso de percibir rentas, éstas sean inferiores en cómputo mensual al 75% del SMI vigente en cada momento, excluidas las pagas; se encuentren en alguna de las situaciones reguladas, haber agotado la prestación de desempleo, siempre que se hallen en uno de los siguientes supuestos: tener responsabilidades familiares, ser mayores de 45 años y reunir determinadas circunstancias; ser mayores de 52 años en determinadas situaciones; aun cuando no hayan agotado prestación de desempleo, se inscriban en la oficina como demandantes de empleo y no hayan cotizado el tiempo mínimo de un año para causar derecho a la prestación contributiva de desempleo o se trate de trabajadores declarados inválidos cuyo expediente sea revisado por mejoría o sean penados liberados o bien, sean emigrantes retornados.

Según el número 2 del citado precepto, los requisitos deben concurrir en el momento del hecho causante y, además, en el momento de la solicitud del subsidio, de sus prórrogas o reanudaciones y durante la percepción de todas las modalidades. En caso de no reunir los requisitos, el trabajador sólo puede acceder al subsidio cuando se encuentre de nuevo en alguna de las situaciones merecedoras del subsidio de desempleo, expuestas anteriormente. Salvo que dentro del plazo de un año desde la fecha

del hecho causante se acredite que se cumplen los requisitos de carencia de rentas o de existencia de responsabilidades familiares, en este caso el trabajador puede obtener el subsidio que corresponda a partir del día siguiente al de su solicitud sin reducción de su duración. A estos efectos se considera como fecha del hecho causante, aquella en que se cumple el plazo de espera de 1 mes, o se produzca la situación legal de desempleo; o la de agotamiento del derecho semestral; o la de la finalización de la causa de suspensión.

Los extranjeros gozan en España, según el artículo 13 de la Constitución, de los derechos y libertades reconocidos en su Título I, en los términos establecidos en los Tratados y la Ley. En la actualidad, a tal efecto, hemos de acudir a la LO 4/2000, la LO 11/2003 y la LO 14/2003, así como, en su caso, a los correspondientes reglamentos de ejecución. (...)

TERCERO.– El problema a resolver es el tratamiento o respuesta que ha de darse al extranjero en situación irregular, esto es, que no disponga de la preceptiva autorización para trabajar. En este sentido no está de más recordar ahora que esta Sala ha resuelto un litigio previo promovido por el ahora recurrente Sr. Esteban, acerca de su pretensión de acceder a la prestación por desempleo, que el «INEM» le había denegado. Nos referimos a la Sentencia de 13 de febrero de 2006 –recurso 2734/06–, en la que se razonaba como sigue: «(...) En efecto, a partir del cambio legislativo ofertado en la Ley 4/2000 y la Ley 8/2000, modificativa del artículo 36, ya citado, la autorización para la realización de actividades lucrativas por los extranjeros mayores de 16 años, requiere que el empresario solicite la autorización correspondiente para trabajar, y de acuerdo a la modificación de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que de lugar, incluidas aquellas materias de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle. Es obvio que la actual legislación, ofertada a raíz de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, fija una extensión de la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social a los trabajadores extranjeros, con independencia de la falta de autorización, y transmite al empleador la responsabilidad pertinente por su omisión. No olvidemos que la obligación de cotizar a la Seguridad Social nace por la actividad laboral que se presta, con independencia de la posibilidad de realizar un contrato de trabajo con los permisos correspondientes (el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, lo viene así declarando, como lo manifiesta la Sentencia de 2 de diciembre de 1998). Por tanto, en la actualidad, no existe impedimento alguno para calificar de válido el contrato de trabajo que se otorga entre el empresario y el trabajador extranjero carente de autorización. Desde esta perspectiva, expresamente el trabajador queda protegido en su riesgo aseguratorio, y el sistema de cobertura se extiende y se expande en la totalidad de los supuestos que contempla la LGSS, dentro de los límites del artículo 7 y sin perjuicio de las específicas responsabilidades que nacen del artículo 36 ya citado, y que posteriormente vamos a analizar. En conclusión, la carencia de los requisitos específicos, constando una prestación de servicios, como en este caso así figura, y la sentencia no niega, y dentro del contenido que se ha llevado a cabo mediante la calificación de despido nulo, deberemos concluir con el acceso a las prestaciones que cubren, en este caso, el desempleo. A este efecto nadie niega la situación legal de desempleo, y no olvidemos que la misma constituye la cobertura por falta de trabajo involuntario, de quien queriendo trabajar, no obtiene trabajo, y se cubre la falta de rentas que se percibe por el salario (TSJC de 18 de julio de 2006). No se cuestiona la realidad de la actividad, e igualmente el período de carencia, con una obligada cotización que no se llevó a cabo, previo incumplimiento del alta del trabajador (...)».

En aquel momento la cuestión discutida era la de la prestación por desempleo. Ahora lo es la del acce-

so al subsidio de desempleo. Hemos de entender, a este respecto, que el punto de partida es el mismo: nos hallamos ante un trabajador que perdió su empleo, al que accedió sin la preceptiva autorización, y que carece de los requisitos necesarios para poder prestar trabajo en los términos antedichos. No se discutió en aquel momento que el trabajador tenía voluntad de trabajar, y ello no puede discutirse ahora, ni puede ser cumplido por el demandante en este momento. Por más que no pueda constar como demandante de empleo mediante la correspondiente inscripción en el SPEE, lo cierto es que semejante requisito viene imposibilitado por la falta de autorización administrativa del empresario para proceder a su contratación, lo que, como ya se dijo entonces, no puede perjudicar los derechos del trabajador a cualquier prestación que pudiera corresponderle.

En el caso, la prestación reclamada es la asistencial de desempleo subsiguiente al agotamiento de la prestación contributiva teniendo cargas familiares. Requisitos todos ellos que el demandante cumple a excepción del de la inscripción como demandante de empleo durante un mes. Ahora bien, como se viene diciendo, el derecho del demandante a las prestaciones reclamadas viene íntimamente ligado a la responsabilidad empresarial en esta materia, debido al incumplimiento de las obligaciones que le eran exigibles, incumplimiento que ha situado al trabajador demandante en la situación actual. En este momento hemos de volver a traer a colación algunos de los razonamientos contenidos en la sentencia de referencia, dictada reconociendo al Sr. Esteban el derecho a la prestación por desempleo, declarando la responsabilidad del empresario incumplidor y la obligación de anticipo del «INEM», razonamientos que lo fueron en el siguiente sentido: «(...) A la hora de delimitar las responsabilidades, y de acuerdo a lo ya indicado, el empleador es el obligado a la prestación, pero ello excluye el principio de automaticidad, en definitiva anticipo, que corresponde a la entidad gestora.

Así es, el artículo 126 LGSS dispone que el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas, y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones, previo a la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectivo. (...) En este sentido hay norma específica que obliga a la entidad gestora a cubrir, con independencia del incumplimiento de afiliación, alta y cotización, a la entidad gestora del cumplimiento de la prestación, sin perjuicio de su derecho de repetición (artículo 220 LGSS). La connotación específica de la automaticidad que ha señalado el legislador en orden a la cobertura de la falta de trabajo, implica el que, previa declaración de responsabilidad de la empresa, por su falta de afiliación y cotización del trabajador, sea la entidad gestora demandada quien anticipe la prestación, de acuerdo a los parámetros que se recogen en la sentencia recurrida, tanto de prestación de trabajo previo, como de base reguladora que no se han cuestionado (...)».

En consecuencia, se estimará el recurso y se estimará la demanda iniciadora de este litigio".

***

NOTA: Un trabajador de nacionalidad boliviana que carecía de autorización de residencia y trabajo impugna la decisión de despido de la empresa, tras haber prestado sus servicios durante algo más de año y medio. El despido es declarado por el Juzgado de lo Social núm. 9 de los de Bilbao nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, pues se considera consecuencia de la denuncia presentada por el trabajador a la Inspección de Trabajo. Ante la imposibilidad de readmisión, por carecer el trabajador extranjero de la preceptiva autorización de trabajo, se declaró extinguida la relación laboral, con abono de la indemnización y salarios de trámite correspondientes. El extranjero interesó prestación contributiva de desempleo, que fue denegada e interpuesta reclamación previa, fue desestimada. Posteriormente, el extranjero impugna dicha reso-

lución en vía jurisdiccional, dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Bilbao, desestimando la petición; interpone, entonces, recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en Sentencia de 13 de febrero de 2007, reconoce el derecho a percibir la prestación por desempleo durante seis meses, con responsabilidad de la empresa y el anticipo del INEM.

Agotada la prestación por desempleo, por tener responsabilidades familiares, sobre la base de lo previsto en el artículo 215.1.2 LGSS, interesa el subsidio por desempleo por cargas familiares.

La STSJ del País Vasco de 11 de marzo de 2008, que ahora se comenta, otorga a un extranjero en situación irregular, sin autorización para residir o trabajar en España, el derecho al subsidio de desempleo asistencial por cargas familiares, declarando la responsabilidad directa del empresario incumplidor respecto de las prestaciones y el anticipo de las mismas por el Servicio Público de Empleo.

El Servicio Público de Empleo consideraba que como extranjero en situación irregular no puede cumplir con algunos de los requisitos que legalmente se exigen para acceder al subsidio por desempleo, en particular la exigencia de inscripción durante un mes como demandante de empleo, la disponibilidad para aceptar una oferta de colocación adecuada y la búsqueda activa de empleo. Frente a esta posición, el Tribunal Superior de Justicia mantiene en esta sentencia una fundamentación muy similar a la utilizada para otorgar previamente al mismo trabajador la prestación contributiva por desempleo.

Así, considera que el artículo 36.3 de la Ley de Extranjería, en la redacción dada por la LO 47/2003, extiende la cobertura de los extranjeros no autorizados para trabajar, incluyendo la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social y transmite al empleador la responsabilidad respecto de éstas por la omisión de sus obligaciones legales. Por su parte, considera que la imposibilidad del extranjero de inscribirse como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo se debe a que el empresario no ha solicitado la correspondiente autorización de trabajo, por lo que su proceder no puede perjudicar al trabajador en su derecho a la obtención de las prestaciones de Seguridad Social.

Ocurre, sin embargo, que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de marzo de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 800/07), referenciada en el número 18 de esta Revista, ha unificado doctrina, estableciendo que sólo los extranjeros que poseen autorizaciones para residir (artículo 30 bis Ley de Extranjería) se equiparan a los españoles a efectos de cobertura de la Seguridad Social en la modalidad contributiva y no contributiva, por lo que sólo el extranjero titular de una autorización de residencia tendrá derecho a percibir la prestación por desempleo.

La sentencia que ahora se comenta es anterior, tan sólo unos días, a la de unificación de doctrina del Tribunal Supremo, por lo que la doctrina judicial en ella contenida habrá de ser rectificada. Así ya se aprecia, aunque respecto del desempleo en el nivel contributivo en la **STSJ de Comunidad Valenciana de 10 de julio de 2008** (recurso de suplicación 3193/07) y **STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2008** (recurso de suplicación 2642/2007), respecto de un trabajador extranjero con autorización de trabajo caducada y solicitud de renovación denegada.

Ha de tenerse en cuenta que el desempleo protegido en el nivel asistencial es aquel que no resulta protegido por el nivel contributivo, del que se considera complementario. En ese sentido, pese a su denominación, no estamos ante una protección asistencial en sentido propio, ya que no atribuye prestaciones en atención exclusiva a un estado de necesidad, sino que se integra en la mayoría de los casos por medidas cuya finalidad es cubrir selectivamente las deficiencias del nivel contributivo.

PERMISO DE TRABAJO

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

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Fecha: 23 de junio de 2008
Procedimiento: Recurso de Apelación núm. 967/2006
Ponente: D. Juan Fernando Horcajada Moya
Voz: Permiso de trabajo: renovación: denegación: falta de acreditación de actividad continuada.

Resumen: "PRIMERO.- La sentencia apelada estima el recurso contencioso interpuesto contra la desestimación presunta por silencio del recurso de alzada presentado por la recurrente contra la denegación de la solicitud de renovación de la autorización de trabajo y residencia formulada por el recurrente el 25 de junio de 2004. La resolución impugnada denegaba dicha renovación por no haber acreditado la realización habitual de una actividad laboral durante el período de vigencia del permiso que se solicitaba renovar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74.3 en relación con el 72.3 ambos del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

Con la solicitud se aportó un informe comprensivo de la vida laboral del recurrente por el período comprendido entre el 1 de febrero de 2001 y el día en que se emite, 9 de junio de 2004.

SEGUNDO.- La sentencia del Juzgado *a quo* analiza el artículo 72.3 del Real Decreto citado y considera en su fundamento jurídico tercero, párrafo tercero: «Pues bien, el recurso ha de estimarse, pues como se desprende del examen del expediente administrativo y de la prueba obrante en autos, ciertamente la recurrente acreditaba, visto el informe de vida laboral, que en el momento de solicitar la renovación existía un contrato de trabajo, y justificaba cumplidamente una situación de continuidad laboral o cuando menos asimilada al alta, pues encontrarse temporalmente sin trabajo no implica que no lo esté buscando, máxime cuando se trata de un trabajador extranjero que lleva trabajando desde febrero de 2001 de modo más o menos continuado. Por tanto, cumplía, aunque de una manera muy somera, los requisitos exigidos en el artículo 72 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, Reglamento de Extranjería, en cuanto establece que también procederá la renovación del permiso de trabajo por cuenta ajena cuando, aunque no subsista la relación laboral anterior, el trabajador haya suscrito un contrato de trabajo con nuevo empresario o empleador y figure en situación de alta o asimilada al alta ene l régimen correspondiente de la Seguridad Social, debiendo haber estimado oportunamente a Administración demandada la solicitud del actor y que ahora ha de dar lugar a la estimación de la demanda y del presente recurso contencioso administrativo».

TERCERO.- El examen de las actuaciones acredita que en ese período de dos años anteriores a la expiración del permiso vigente (por tanto, entre el 4 de julio de 2002 y 20 de julio de 2004), el recurrente apenas llegó a trabajar 140 días, cifra claramente insuficiente para apreciar habitualidad en la actividad laboral

CUARTO.- Por lo demás, el hecho de que la solicitante contara con un contrato de trabajo en el momento de formular la solicitud (por cierto, no registrada ni firmada por el empleador) no es determinante por sí solo. Según el artículo 72.3, párrafo segundo, del Real Decreto 864/2001, «también procederá la renovación del permiso de trabajo por cuenta ajena cuando, aunque no subsista la relación laboral anterior, el trabajador haya suscrito un contrato de trabajo con nuevo empresario o empleador y figure en situación de alta o asimilada a la de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social».

Ahora bien, como ya se ha declarado en anteriores ocasiones, aun cuando una interpretación literal del precepto pueda hacer pensar que sólo se exige en el supuesto descrito la suscripción de contrato de trabajo y la situación de alta o asimilada en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, la interpretación sistemática hace concluir que se requiere además la realización habitual de actividad laboral figurando en situación de alta o asimilada a la de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el período de vigencia del permiso que se solicita renovar, que exige el último párrafo del citado apartado 3, como se deriva de la exigencia de continuidad laboral en el primer párrafo del mismo apartado y en el apartado 2 del mismo artículo 72, dedicado este a la renovación de los permisos de trabajo por cuenta propia.

QUINTO.- Por otra parte, ni aun en el supuesto más favorable a la pretensión del actor se cumplen los requisitos exigidos. Ese supuesto a efectos de interpretar la «realización habitual de actividad laboral», podría ser el que se contempla en el artículo 54.4 del nuevo Reglamento de 30 de diciembre de 2004 que establece que se renovará la autorización del trabajador que haya tenido un período de actividad de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite: a) Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad; b) que ha buscado activamente empleo, participando en las acciones que se determinen por el servicio público de empleo o bien en programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas; c) que en el momento de la solicitud de la renovación tenga un contrato de trabajo en vigor.

Pues bien, aunque se presuma el requisito mencionado en a), se dé por acreditado el previsto en b), se admita como válido el indicado en c), y aunque se entienda que con menos de seis meses de trabajo en el último año se cubre la exigencia de tres meses en cada año del período bianual, en todo caso falta ese período de seis meses.

Por último, es irrelevante la cita que se hace del artículo 47 del Reglamento porque aquí no se trata de renovación de permiso de residencia, sino de residencia y trabajo".

***

NOTA: La sentencia que ahora se comenta estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 12 de junio de 2006 por el Juzgado de lo Contencioso 7 de Barcelona, que se revoca y deja sin efecto, en la que se había estimado el recurso contencioso interpuesto contra la denegación de la renovación del permiso de trabajo y residencia formulado por un trabajador extranjero.

La interpretación del criterio de la continuidad en la actividad laboral como requisito para la renovación de la autorización de trabajo es la cuestión principal de la Sentencia reseñada. Para su resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 72.3 del 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 Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Dicho artículo disponía que "Tratándose de un permiso de trabajo por cuenta ajena, éste se renovará a su expiración, si se acredita la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión del permiso a renovar". Siendo ésta la regla general, preveía otros supuestos en los que también procedería la renovación del permiso de trabajo por cuenta ajena. Por una parte, cuando, aunque no subsistiera la relación laboral anterior, el trabajador hubiera suscrito un contrato de trabajo con nuevo empresario o empleador y figurase en situación de alta o asimilada a la de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social». Por otra, en el caso de contar con una nueva oferta de empleo, el

extranjero debía acreditar la realización habitual de actividad laboral en el período de vigencia del permiso que se solicita renovar, figurando en situación de alta o asimilada a la de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

Durante la vigencia del citado Reglamento de 2001, la doctrina jurisprudencial y judicial mayoritaria consideraba que en la renovación del permiso de trabajo habría de conectarse las circunstancias atinentes a la ocupación regular y estable del solicitante con su actitud subjetiva de desempeñar un trabajo continuado. En este sentido, los Tribunales venían apoyándose en la Circular 29/1998, de 13 de noviembre, de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones en la que se fijaban los criterios de orden interno para la interpretación y aplicación de los preceptos reglamentarios relativos a la renovación, que deja traslucir una clara "flexibilidad" en la apreciación del significado del requisito de la estabilidad en la actividad, que identifica con la habitualidad. En este sentido, la Dirección General considera, a título orientativo, que se puede partir de un período mínimo para estimar que ha existido una ocupación estable durante la vigencia del permiso anterior, que, según el sector de actividad de que se trate, puede cifrarse entre cuatro y seis meses. Al mismo tiempo, se exige por el Centro directivo a la autoridad laboral que tenga en cuenta las características concretas de la actividad llevada a cabo por el trabajador y, una vez valoradas, que adapte la exigencia del cumplimiento de los requisitos para la renovación a lo que "se considere normal en el sector de actividad correspondiente, en relación con la ocupación de un trabajador español en las mismas circunstancias".

En suma, se trataba de llevar a cabo una interpretación más allá de la literal del texto normativo, acudiendo a otros criterios hermenéuticos y, en especial, el que alude al espíritu y la finalidad de la norma, pues en materia de renovación de autorizaciones de trabajo lo verdaderamente relevante es la incorporación real al mercado de trabajo en orden a garantizar la estabilidad de la residencia y la integración sociolaboral con vocación de permanencia de los extranjeros.

La anterior doctrina es la que asume el Juzgado *a quo* cuando afirma que "en el momento de solicitar la renovación existía un contrato de trabajo, y justificaba cumplidamente una situación de continuidad laboral o cuando menos asimilada al alta, pues encontrarse temporalmente sin trabajo no implica que no lo esté buscando, máxime cuando se trata de un trabajador extranjero que lleva trabajando desde febrero de 2001 de modo más o menos continuado".

Sin embargo, el trabajador extranjero tan sólo acredita haber trabajado apenas 140 días en el período de los dos años anteriores a la expiración del permiso vigente. Aunque pudiera resultar discutible la consideración de ese breve período de tiempo cotizado como demostrativo de la continuidad en la actividad laboral, lo llamativo del supuesto que ahora se comenta es que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña fundamenta su valoración de dicho requisito en el artículo 54.4 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, mucho más restrictivo.

Como se sabe, los números 3 y 4 del artículo 54 RELOEx contienen 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.

Básicamente, este precepto reglamentario establece que la concesión de la renovación depende, entre otras circunstancias, de la continuidad de la relación laboral, o al menos de que se hayan prestado servicios un número mínimo de meses a lo largo del año. En este segundo caso, si el trabajador ha tenido un período mínimo de actividad de seis meses en el año, se le concederá la renovación siempre que en el momento de la solicitud esté en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social por virtud de un contrato laboral suscrito con un nuevo

empleador de acuerdo con las características de la autorización inicial, o bien si dispone de una nueva oferta de empleo. Igualmente, si el período de prestación de servicios por año es de al menos tres meses, se procederá a la renovación siempre que el trabajador acredite la existencia de un contrato de trabajo en vigor, o bien que la relación laboral que dio lugar a la autorización inicial se rompió por causas ajenas a su voluntad, o, finalmente, que ha buscado activamente empleo.

Pues bien, el Tribunal considera que aunque se presuma que la relación laboral que dio lugar a la autorización que se pretende renovar se interrumpió por causas ajenas a la voluntad del trabajador, que éste ha buscado activamente empleo y que en el momento de la solicitud de la renovación tenga un contrato de trabajo en vigor, faltaría el cumplimiento del requisito de la cotización de tres meses en cada año. En consecuencia, procede la estimación de apelación interpuesto por la Subdelegació del Gobern de Barcelona.

Un último apunte, aunque en este supuesto va a resultar inoperante, deja la puerta abierta a una posible interpretación que permita que la exigencia de la actividad laboral mínima para la renovación de las autorizaciones se compute en el período bianual, y no en cada año.

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid.
Fecha: 8 de enero de 2008.
Recurso de Apelación: 385/2007.
Ponente: Doña María Jesús Coronado Buitrago.
Voz: Inmigración clandestina.

Resumen: Se estiman los recursos interpuestos por los recurrentes. De la prueba practicada ha quedado acreditado que por parte de los acusados no se produjo ninguna captación de los extranjeros en situación irregular para proporcionarles puestos de trabajo.

"María Rosa, mayor de edad y sin antecedentes penales, de nacionalidad rusa, llegó a España en el mes de marzo del año 2000 con un visado de turista pero con la finalidad de permanecer en territorio español de manera ilegal, comenzando a trabajar en el servicio doméstico como externa hasta que conoció a Miguel, mayor de edad y sin antecedentes penales y, después de estar trabajando durante una temporada en una tienda de frutos secos de éste. Comenzaron una relación sentimental y de común acuerdo y en ejecución de un plan preconcebido decidieron, durante los años 2002 y 2003, alquilar, bien a nombre de uno o de la otra, diversos inmuebles tanto en Madrid como en la localidad de Villaviciosa de Odón con la finalidad de realojar a personas inmigrantes que llegarán a España sin tener legalizada su situación.

(...).

De la relación de las declaraciones de los testigos de cargo se desprende que todos ellos a excepción del núm. (...) se encontraban en España cuando contactaron con los acusados. Que esta circunstancia se produjo como consecuencia de los anuncios que éstos ofrecían públicamente para el alquiler de habitaciones. Que la testigo protegida núm. (...) vino a este país por sus medios organizándose el viaje de una forma unilateral. Que la mayoría de ellos cuando accedieron a las viviendas no hablaban español y todos se encontraban en situación irregular en España lo que era conocido por los acusados quienes les facilitaron referencias de empresas o personas que les pudiesen emplear. Que pagaron a los acusados las cantidades de dinero que les pedían por cuantas gestiones realizaban en su favor para lograr el empadronamiento, así como la mitad del primer salario si lo habían obtenido a consecuencia

de su gestión. Que permanecieron en las viviendas por su propia voluntad a pesar de determinadas condiciones de hacinamiento, incomodidades y suciedad. Que los acusados vivían en las propias viviendas en las que se alquilaban habitaciones y camas. Que en algunos casos se produjeron diferencias entre los acusados y los inquilinos y cuando algunos de aquéllos decidieron abandonar las viviendas sufrieron las reacciones de los acusados que en algún caso provocó también el final de la relación laboral, siendo lo determinante de las denuncias de los testigos el deterioro de las relaciones personales con los acusados y las expresiones de contenido amenazante e injurioso de que fueron objeto por parte de aquéllos.

En relación con todo ello la acusada María Rosa manifestó en su declaración: «Que se encontraba en España desde el 4 de marzo del año 2000. Que vino con visado de turista y se quedó. Que había trabajado en el servicio doméstico, en una tienda de frutos secos del acusado Miguel y en Hoteles. Que la razón de alquilar los pisos a otras personas era para cubrir los gastos que tenía. Que ella había estado con anterioridad en la misma situación. Que no les importaba a ella y a Miguel la situación de las personas a las que alquilaban las habitaciones de tal manera que lo hacían tanto a personas legales como a ilegales. Que es posible que en las viviendas constasen numerosas personas empadronadas y que estuviesen ilegales, por que cuando llegaban les pedían que les empadronasen y después cuando querían mejorar de vivienda y se iban a otros sitios no cambiaban el empadronamiento. Que en los anuncios que ponían en carteles no prometía trabajo y sólo ofrecían habitaciones en alquiler. Que las denuncias de que fueron objeto se debieron a problemas que tuvieron con algunos inquilinos que les robaron y a los que obligaron a devolver lo que habían robado, por lo que en venganza les denunciaron y así se lo dijeron. Que recibieron quejas de otras personas que vivían en las mismas fincas y que les indicaban que los inquilinos hacían escándalos y molestaban a los vecinos. Que ella vivía en el piso de la calle (...) de Villaviciosa de Odón y en el núm. (...) su hijo. Que se ocupaba de su hermano que estaba enfermo y no podía trabajar».

(...).

En el presente caso, del resultado de la prueba practicada ha quedado acreditado que por parte de los acusados no se produjo ninguna captación de los extranjeros en situación irregular para proporcionarles puestos de trabajo. Que su actuación se centraba en poner anuncios ofreciendo el alquiler de habitaciones. Y que una vez que los extranjeros accedían a los pisos los acusados les ofrecían, previo pago y dado que la mayoría no conocía el idioma español, determinados servicios como acompañarles a las agencias de trabajo temporal, realización de gestiones para el empadronamiento u obtención de permisos, y a los que no obtenían el trabajo por esa vía, dadas las dificultades que se producían porque no conocían el idioma, otras referencias de trabajos a través de gestiones directas que ellos mismos realizaban.

No eran los acusados los que procedían a la contratación laboral de los extranjeros, sino que eran finalmente los empleadores quienes pactaban una relación laboral que cristalizaba cuando era convenida e interesaba a ambas partes.

(...).

No se trata de criminalizar cuantos comportamientos se producen alrededor del fenómeno de extranjero ilegal, tanto en lo que afecta a su propia persona, como de la procedente de cualquier otra que de alguna forma establezca relación con su ilegalidad. Es cierto que los acusados conocían la situación de residencia ilegal de los extranjeros que albergaban y que en esa condición les ofrecían determinados servicios que permitían la iniciación de su proceso de implantación en España. La circunstancia de que cobrasen por los servicios que ofrecían no constituye más que la compensación a

la prestación de los que realizaban, sin que ello sin más constituya un abuso a una situación de necesidad, en primer lugar porque había contraprestaciones recíprocas, y en segundo lugar porque siempre existía la posibilidad de que fueran rechazadas en cuanto que prácticamente todos los testigos protegidos admitieron que estaban en los pisos por su propia voluntad, constando incluso, que varios de ellos los dejaron cuando encontraron una mejor oportunidad.

Es cierto que la conducta de los acusados podría comportar un cierto abuso como consecuencia de hacinamiento existente en las viviendas en las que residían pero ello queda lejos del reproche penal.

Por eso de nuevo hay que recordar que las quejas de los testigos se inscriben todas en el ámbito de las dificultades de convivencia con María Rosa y su hijo, lo que provocó las diferencias en el trato personal. La circunstancia de que ello se reprodujese con varias personas a las que alquilaron habitaciones que son las que mostraron sus quejas ante la policía, no comporta la existencia de un tráfico de mano de obra, ni de una organización delictiva que en todo caso había estado compuesta por personas vinculadas por lazos familiares y afectivos sin ningún entramado jerarquizado, ni finalidades lucrativas compartidas.

El resultado de la prueba practicada no permite incardinar la conducta de los acusados en los tipos previstos en los artículos 312.1y 313.1 del Código Penal. Procede por tanto la estimación de los recursos planteados".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 12 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 10336/2007.
Ponente: Don Enrique Bacigalupo Zapater.
Voz: Inmigración clandestina: traslado de subsaharianos.

Resumen: Se declara no haber lugar a la admisión del recurso formalizado por los recurrentes contra la sentencia en la que se les condenó como autores criminalmente responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

"(...) en el caso que nos ocupa el Tribunal de instancia ha contado con pruebas de cargo suficientes, obtenidas y practicadas con las garantías legalmente previstas, para racionalmente entender desvirtuada la presunción de inocencia y dictar un pronunciamiento de culpabilidad.

En efecto, nos encontramos aquí con una argumentación explícita, contenida esencialmente en los fundamentos de derecho primero a cuarto de la resolución de instancia, en los que se enuncian y analizan las pruebas en que se asienta la convicción alcanzada y el relato que se asume como probado, constituida básicamente por la testifical preconstituida y que accedió válidamente al plenario mediante su lectura, de varios de los inmigrantes irregulares que viajaban en el «cayuco» y que fueron coincidentes en apuntar a los cinco acusados, a los que identificaron sin dudas en los reconocimientos válidamente efectuados, como las personas que patroneaban la embarcación, turnándose en el desempeño de las distintas funciones que tenían encomendadas y valiéndose para ello de diversos instrumentos de navegación que portaban tales como el GPS. Es cierto que los propios acusados pensaban quedarse en España, y así lo afirma la Sala, pero también lo es que colaboraron y favorecieron la inmigración clandestina del resto de inmigrantes que viajaban en la embarcación concertados con los promotores del viaje, y que precisamente por la labor que asumieron ellos mismos viajaban de forma gratuita. Los testigos manifiestan que cuando ellos llegaron (el resto de ocupantes) los acusados estaban ya sentados en la embarcación cerca del motor y que fueron ellos los que dirigían la embarcación.

(...).

Todos los recurrentes coinciden en señalar, tras exponer la jurisprudencia de esta Sala en torno a este delito, que en el caso se trata de que los propios ocupantes del cayuco, después de haber pagado su pasaje a las mafias organizadas y sin tener nada que ver con las mismas, se ven obligados a pilotar la embarcación, sin obtener lucro alguno y con la finalidad de poder alcanzar las costas españolas, asumen esa iniciativa de patronear la embarcación, como la podrían haber asumido otros, sufriendo las mismas penurias y peligros que el resto de los ocupantes, pues los acusados son también inmigrantes ilegales. Esta conducta, defienden, es atípica o vendría amparada por la eximente de estado de necesidad, puesto que sólo el hecho de encontrarse en dicho estado podría explicar que alguien arriesgue su vida viajando en una embarcación cuyas condiciones de seguridad son inexistentes.

Como ha señalado esta Sala en reiteradas ocasiones (...), el motivo por infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, conforme lo previsto en el artículo 884.3 LECrim.

En realidad todos los motivos se enfrentan al relato fáctico de la sentencia y vuelven a cuestionar la valoración efectuada por el Juzgador de la instancia que, como antes veíamos, contó con elementos de prueba correctamente obtenidos y de calidad bastante para decidir como lo hizo, afirmando que los cinco acusados patroneaban la embarcación asumiendo previamente esa función en concierto con los promotores y favorecieron a sabiendas de su ilicitud y antijuridicidad la inmigración clandestina, sin que se requiera un concreto conocimiento del tipo delictivo perpetrado. Obviamente que ellos mismos pretendieran quedarse también en territorio español, no excluye la tipicidad de su conducta favorecedora respecto al resto de inmigrantes al colaborar en esa finalidad delictiva de introducirles ilegalmente en España, ni permite apreciar el estado de necesidad que como eximente se postula, sin perjuicio de que, como hace la Sala de instancia correctamente, se valore esa situación para aplicar el apartado 6º del artículo 318 bis CP y se rebaje ostensiblemente la pena que les correspondería en otro caso.

Los motivos, pues, se inadmiten en base al artículo 884.1.º LECrim".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 18 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 10424/2007.
Ponente: Don Luis Román Puerta Luis.
Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: inmigración clandestina a Canarias.
Resumen: Se declara no haber lugar a los recursos interpuestos por los recurrentes contra la sentencia dictada en causa seguida por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros por haber intervenido, desde Cabo Verde a las Islas Canarias, en un viaje organizado en una embarcación con noventa y cuatro ciudadanos de distintas naciones del continente africano que pretendían introducirse clandestinamente en nuestro país.

"En efecto, el Tribunal sentenciador reconoce que este acusado en ningún momento ha reconocido su intervención en los hechos de autos, pero que, ello no obstante, el Tribunal afirma que tiene clara su intervención, y que de su autoría «queda constancia de lo declarado por los otros dos acusados, Romeo (el patrón de la embarcación), al admitir que ya en Cabo Verde Darío fue una de las personas que junto

con un tal Andrés le propuso traer el barco, quien compró los alimentos, los cargó en él y durante la travesía se encargo de distribuirlos, circunstancia –la de los alimentos– igualmente corroborada por el otro coimputado (...), quien además corroboró la versión de su compatriota –Romeo–, en el sentido que en la isla de la Sal vio a Darío por el puerto y que fueron ellos tres los primeros y únicos en acceder a la embarcación para luego dirigirse a zonas próximas a la costa donde estuvieron varios días esperando hasta que subió el resto de los inmigrantes, entre ellos la esposa de Darío, desmintiendo de esta manera la versión de éste referente a que él había subido a la embarcación junto con su mujer y otras personas desde una playa donde se encontraban escondidos; es más, llegaron a manifestar que él junto con su mujer venían en un habitáculo independiente del resto de los pasajeros, dato éste que el propio Darío admitió en el plenario como cierto y que sólo es explicable bajo la perspectiva de ser uno de los organizadores del viaje, como los otros dos acusados declaraban, al no tener sentido que en un espacio tan reducido (25 m de eslora), además en una embarcación que no estaba preparada para el transporte de personas sino para la pesca y sobrecargada, pues no podemos obviar que en ella venían casi cien individuos, le acoten, sin motivo aparente o al menos no puesto de relieve, un espacio dentro de ella. Si a lo hasta aquí dicho añadimos que la exposición de esos dos acusados, en líneas generales, han sido siempre firme y persistente en el tiempo (...), es por lo que consideramos que sus declaraciones son suficientes en aras a desvirtuar su inicial presunción de inocencia» (...).

De modo patente, hemos de reconocer que el Tribunal de instancia ha dispuesto de una prueba, legalmente obtenida y con entidad suficiente para poder enervar el derecho a la presunción de inocencia del aquí recurrente, consistente –como se pone de manifiesto en el FJ 2.º de la resolución combatid–: en el testimonio de los otros dos coimputados (Romeo y Juan Miguel) –calificado por el Tribunal de «firme y persistente»–, corroborado por unos datos objetivos tan relevantes como el hecho de que Darío y su mujer dispusieran en la embarcación de «un habitáculo independiente del resto de los pasajeros», y de que el señor Darío «durante la travesía» se encargase de distribuir los alimentos entre los pasajeros, de lo cual la Sala de instancia infiere que todo ello «sólo es explicable bajo la perspectiva de ser uno de los organizadores del viaje» –inferencia que, indudablemente, no puede ser tildada de absurda (artículo 386.1 LEC) ni de arbitraria (artículo 9.3 CE)–.

No es posible, por todo lo dicho apreciar la vulneración constitucional denunciada en este motivo que, consecuentemente, debe ser desestimado.

(...).

Afirma la parte recurrente, en cuanto a la primera de las circunstancias citadas, que existe una falta de prueba absoluta de la misma; y, en cuanto a la segunda, que «la sola mención de que unos pasajeros presentaban síntomas de deshidratación, no configura por sí sola la base de hecho necesaria para sustentar la agravante del tipo señalada».

En cuanto a esta última circunstancia se refiere, baste decir que la embarcación en que viajaban las noventa y siete personas a que se refiere el relato fáctico de la sentencia (cifra muy elevada para una embarcación de pesca con sólo unos veinticinco metros de eslora) fue localizada en alta mar, a la deriva, al habérsele acabado el combustible, a unas treinta millas de la isla de El Hierro, que, como pone de relieve el Tribunal de instancia, es el «último punto donde se puede encontrar tierra entre el Archipiélago Canario y América, por lo que de no haberse hallado se hubiese perdido en la inmensidad del mar»; todo ello, con independencia de que, en el presente caso, alguno de los pasajeros hubo de ser atendido al desembarcar en territorio español «por presentar problemas de deshidratación», «cosa que tampoco era de extrañar teniendo en consideración la distancia recorrida, el tipo de embarcación de la que se trataba,

de pesca, con apenas 25 metros de eslora, no sólo no habilitada para el transporte de personas sino que, por su número, nada menos que 97, contando los tres acusados, venían hacinadas, hace que igualmente sea de aplicación su 3.º».

Por las razones expuestas, es incuestionable que las personas que viajaban en la embarcación de autos corrieron serios peligros, incluso el de haber perdido la vida, y, por tanto, debe apreciarse en el presente caso la circunstancia específica de agravación prevista en el apartado 3 del artículo 318 bis del Código Penal. Por consiguiente, carecería ya de relevancia la posible estimación del motivo cuarto motivo.

No obstante lo dicho, hay que reconocer que tampoco es ilógica la inferencia del Tribunal de instancia, respecto de la concurrencia del ánimo de lucro en la conducta de este acusado, por cuanto, dadas las circunstancias que definen el hecho enjuiciado (organizar un viaje para un elevado número de personas carentes de documentación, en una embarcación de pesca, de sólo veinticinco metros de eslora, con el objetivo de entrar clandestinamente en territorio español, contratando al patrón y al maquinista de la misma, tras haber comprado los alimentos necesarios para ello y encargarse de repartirlos durante el viaje), «es la única forma de entender un viaje de la naturaleza del descrito en la resultancia fáctica de esta sentencia» (v. FJ 1.º).

Por las anteriores razones, no es posible apreciar las infracciones legales denunciadas en estos dos motivos que, en consecuencia, deben ser desestimados".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 26 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 10917/2007.
Ponente: Don Luis Román Puerta Luis.
Voz: Inmigración clandestina: ciudadanos rumanos.
Resumen: Se declara la estimación parcial del recurso interpuesto por la recurrente contra la sentencia dictada en causa seguida por delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, contra la prostitución y detención ilegal.

"El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Alcalá de Henares, instruyó sumario con el núm. 1 de 2006, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, que con fecha 16 de mayo de 2007, dictó sentencia que contiene el siguiente Hecho Probado: «En fecha no determinada del año 2004 Juan Alberto, de nacionalidad rumana, mayor de edad y sin antecedentes penales, propuso a la también ciudadana rumana Nieves, mayor de edad, venir a trabajar desde Rumania a España, sin especificarle en qué, aceptando Nieves la oferta asumiendo que el trabajo podía consistir en el ejercicio de la prostitución, y emprendiendo el viaje hacia nuestro país a bordo de una furgoneta provista sólo de su pasaporte. Una vez en España se trasladó al piso de la localidad madrileña de Alcalá de Henares en el que vivía Juan Alberto, y en el que también habitaban entre otros los ciudadanos rumanos José Carlos, su novia Marcelina, y María Rosario, todos mayores de edad y sin antecedentes penales.

Una vez en la vivienda Nieves fue informada por Juan Alberto de que debía trabajar en clubs de alterne ejerciendo la prostitución para pagarle el coste del viaje, a lo que ella accedió inicialmente comenzando a trabajar en diferentes clubs de alterne de la geografía española, a los que se trasladaba en unas ocasiones en autobús y en otras era llevada en vehículo por José Carlos, que actuaba de común acuerdo con el anterior, y en los que ejerció la prostitución, encargándose Marcelina y María Rosario, que también trabajaban como prostitutas con ella de informar a Juan Alberto de lo que hacía, a la vez que la primera le exigía que trabajara más y le imponía que tuviera relaciones con clientes con los que no quería, quedándose Juan Alberto con la mayor parte de las ganancias de su actividad, a quien también se las tenía que remitir Nieves cuando aquél estuvo en prisión, al habérselo ordenado así José Carlos.

Como quiera que pasado un tiempo Juan Alberto le exigiera que trabajara más y Nieves no quisiera seguir en esa situación, se escapó en dos ocasiones en fechas no determinadas, pero fue localizada por Juan Alberto, que tras pegarle, la obligó a que continuara ejerciendo la prostitución para él, lo que tuvo que hacer, siendo trasladada a los clubs provista sólo con una fotocopia de su pasaporte al haberle quitado Juan Alberto el original, siendo a partir de entonces más intenso el control de su persona, a través de Marcelina, de forma que no le permitía salir sola, ni tener teléfono, situación que se mantuvo hasta que el 19 de julio de 2005, cuando se encontraba en el Club B.P. de Cenicero de Logroño y aprovechando que Marcelina estaba en otra habitación con un cliente, contó su situación al encargado del club y con su ayuda se escapó».

(...).

Reconocido, pues, el derecho de libre circulación de los ciudadanos rumanos, dentro del territorio de la Unión Europea, como consecuencia de la entrada en vigor del referido Tratado de Adhesión, es preciso destacar también que –como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia– el interés del Estado en el control de los flujos migratorios queda suficientemente protegido mediante la correspondiente acción administrativa (conforme a lo previsto en el artículo 54 de la LO 4/2000), y la posible restricción de la libertad del extranjero –como en el caso de determinación coactiva a la prostitución– a través del artículo 188 del Código Penal. «En conclusión –se dice en la STS de 29 de mayo de 2007–, 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 artículo 318 bis».

Por lo expuesto, procede –desde la perspectiva indicada– la estimación parcial de este motivo".

HOMOLOGACIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 5 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 4099/2004.
Ponente: Don Antonio Marti García.
Voz: Homologación: odontólogos de Argentina y Uruguay.
Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por los recurrentes contra las resoluciones que acordaron condicionar a la previa superación de una prueba de conjunto la homologación solicitada.

"«Los recurrentes solicitan que se anulen los actos impugnados y se declare su derecho a que la Administración, sin condicionamiento alguno, homologue su título mencionado al correspondiente español o, subsidiariamente la homologación, previa superación de una prueba de conjunto específica sobre determinadas materias del plan de estudios español en las que se detecten carencias. En defensa de su pretensión alegan que obtuvieron el título de cirujano dentista por diferentes Universidades de Argentina, Chile y Uruguay; pidieron la homologación al título español correspondiente y la Administración, en lugar de aplicar directamente los Convenios culturales bilaterales en vigor, solicitó informe del Consejo de Universidades, que emitió dictamen favorable previa superación de prueba de conjunto específica, basándose en el plan de estudios aprobado por Real Decreto 970/1986, de 11 de abril. Estiman que se debe tener en consideración la vigencia de los respectivos Convenios bilaterales y añaden que las resoluciones no han tendido en cuenta el plan de estudios contenido en el Real Decreto 1418/1990, pese a ser posteriores; esta gravísima equivocación ha sido reconocida por la propia Administración en su resolución de 20 de junio de 2000, sobre homologación del título de Odontólogo de una ciudadadana colombiana, error craso y evidente que sirve para justificar la anula-

Homologación

ción de los actos impugnados y, además, los informes del Consejo de Universidades, para que puedan ampararse en la discrecionalidad técnica, han de haber sido dictados al amparo de la legislación vigente. La representación de la Administración demandada, por su parte, alega que la solicitud no cumple los requisitos del RD 86/1987, de 16 de enero, por lo que solicita la desestimación del recurso y la confirmación del acto impugnado. Para un mejor enfoque de las cuestiones planteadas en el presente recurso, conviene señalar que, según consta en el expediente administrativo los ahora recurrentes solicitaron la homologación de sus títulos de Odontólogo al correspondiente español y, tras la tramitación prevista legalmente, el Ministerio de Educación desestimó su petición por diversas resoluciones dictadas entre los años 1992 a 1998 y, en algún caso, como el del recurrente Sr. César, se interpuso recurso contencioso contra tal resolución desestimatoria que, en el momento de dictarse por la Administración la resolución aquí impugnada (27 de noviembre de 2002), aún no había sido resuelto; bastaría esta última circunstancia para rechazar el recurso administrativo de revisión, al ser sólo admisible frente a actos firmes, conforme al artículo 118.1 de la Ley 30/1992; además, en ningún caso puede estimarse que concurra la causa de revisión invocada que, aunque no se concreta en la demanda, es la prevista en el núm. 1 del citado artículo 118 al insistir en el carácter erróneo de las resoluciones y del dictamen del Consejo de Universidades, así como la del núm. 2, consistente en la aparición de documentos esenciales que evidencian el error de las resoluciones recurridas. Ello es así, porque las respectivas solicitudes fueron tratadas mediante el procedimiento previsto por el Real Decreto 86/1987 y en el informe del Consejo de Universidades se tuvo en consideración, al especificar las materias que habían de ser objeto de prueba de conjunto a la que se supeditaba la homologación, el plan de estudios vigente en las Universidades españolas; por tanto si se han producido variaciones en dichos planes, como consecuencia de su implantación progresiva, como se pone de manifiesto en las resoluciones impugnadas, ello no permite deducir que el informe o la resolución que lo incorpora fueran erróneas, ni que informes o resoluciones posteriores respecto de otros solicitantes, adoptadas conforme a la valoración de los estudios conducentes al título cuya homologación se pretende en relación con la situación existente en ese momento, constituyan documentos esenciales a que se refiere el motivo de revisión 2.º del artículo 118, que obliguen a revisar las resoluciones adoptadas anteriormente. Por último, hay que tener en cuenta que los solicitantes han obtenido sus títulos en diferentes Universidades, que no se especifican, de varios países y solicitaron la homologación en momentos diferentes a lo largo de varios años, que fueron objeto de la correspondiente decisión administrativa, analizando caso por caso el contenido y duración de los estudios y comparándolos con los estudios que determinan la obtención del título en España, y pretender una revisión general con base en que una reciente resolución del Ministerio, en relación con la homologación de un título expedido por una Universidad extranjera diferente, se somete a la prueba de conjunto un grupo de materias no coincidentes con las de los demandantes, no resulta admisible ni, desde luego, constituye causa alguna de revisión ni al amparo del artículo 118 ni del 105 de la Ley 30/1992, como apreciaron correctamente las resoluciones impugnadas que, por lo expuesto, procede confirmar».

(...)".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 5 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 2801/2005.
Ponente: Don Antonio Marti García.
Voz: Homologación: licenciado en Psicología: Suiza.
Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se resolvía que la homologación de su título de "Licenciatus Philosopiae", obtenido en Suiza, al español de Psicología quedara condicionado a la superación de una prueba

Homologación

de conjunto específica para acreditar su conocimiento en las materias indicadas en el dictamen del Consejo de Universidades.

"Por escrito de 9 de julio de 2001, don Alfonso, interpuso recurso contencioso administrativo contra la citada Resolución de 20 de septiembre de 2000 del Secretario General Técnico del Departamento del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, antes expresada, y tras los trámites pertinentes el citado recurso contencioso administrativo terminó por Sentencia de 4 de octubre de 2004, cuyo fallo es del siguiente tenor: «Que desestimando el recurso contencioso-administrativo núm. 879/01 promovido por la Procuradora doña Guadalupe Moriana Sevillano actuando en nombre y representación de D. Alfonso contra la Resolución de 20 de septiembre de 2000 del Secretario General Técnico del Departamento del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, por la cual se acuerda que la homologación de su título de Klinische Psycologie Lizentiat obtenido en la Universidad de Zürich (Suiza), al título español de licenciado en Psicología, quede condicionada a la superación de una prueba de conjunto específica teórico-práctica sobre las materias que se señalan, así como contra su confirmación en recurso de alzada de fecha 31 de mayo de 2001 del Subsecretario del Ministerio de Educación y Ciencia; debemos declarar y declaramos que la Resolución impugnada es conforme a derecho, y en consecuencia, sostenemos su validez y eficacia. Sin expresa imposición de costas».

(...).

La sentencia de instancia considera que bajo la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 1665/1991, respecto de los miembros de la CE, y bajo la total cobertura del Real Decreto Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, por el que se regulan las condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior, apreciar que exista o no una equivalencia total de materias es una facultad discrecional de la Administración (en concreto del Consejo de Universidades). Por ello concluye que son conformes a Derecho las resoluciones recurridas, toda vez que no se ha acreditado que no sea correcta la apreciación de la Administración al exigirse antes de homologar de modo pleno su título y permitir la actividad profesional, la prueba del suficiente conocimiento respecto de determinadas materias que en nada considera arbitraria. Según la Sentencia «es, en definitiva, mediante la exigencia de la realización de una prueba de conjunto (que ha obtenido el correspondiente refrendo jurisprudencial), como ha de llevarse a término la voluntad del legislador manifestada en las normas expuestas, apreciación que tiene un amplio margen de discrecionalidad de la que ha usado correctamente un órgano eminentemente técnico de la Administración como es el Consejo de Universidades, informe que no ha desvirtuado el interesado con prueba suficiente, no bastado para ello el informe –no exento de posible parcialidad– de la Facultad de Psicología de Zurich de fecha 27 de marzo de 2000, sobre la ausencia de carencias formativas en sus programas de estudios. Por lo demás, y dado que en definitiva, las alegaciones del actor pretenden sustituir la valoración comparativa realizada por el Consejo de Universidades sobre su programa de estudios y las disciplinas que contiene, en comparación con el equivalente de la titulación española, por su propia e interesada valoración, hemos de dejar claro que este Tribunal según reiterada jurisprudencia no puede entrar a valorar decisiones calificadoras de dicho Consejo, que gozan de una clara discrecionalidad técnica»".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 12 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 5700/2006.
Ponente: Don Antonio Marti García.
Voz: Homologación: cirujano dentista. México.
Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente. La equivalencia entre los estudios es tan insuficiente que ni tan siquiera permite la homologación tras la celebración de una prueba de conjunto.

Homologación

"Así, con fecha de 2 de marzo de 1995 tuvo entrada en el Ministerio de Educación y Ciencia solicitud de homologación de título de cirujano dentista (especialidad de ortodoncia) expedido por la Universidad Nacional Autónoma de México al título español de licenciada en odontología (especialidad de ortodoncia) al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero. En sesión de 28 de noviembre de 1995, la Subcomisión de Evaluación de Ciencias Experimentales y de la Salud, del Consejo de Universidades, emitió un informe desfavorable de la referida solicitud de homologación, argumentado que los estudios mexicanos se articulan con una duración de cuatro años y además presentan carencias formativas en materias básicas como: Patología médica general, Patología quirúrgica general, Pediatría, Otorrinolaringología y Dermatología y Venereología, no cumpliéndose los requisitos de duración y formación previstos por el Real Decreto 1418/1990, de 26 de octubre. En fecha de 24 de julio de 1996 y tras los trámites de alegaciones pertinentes, la Ministra de Educación y Cultura dictó resolución confirmando la decisión de 28 de diciembre de 1995 denegatoria de la homologación de título universitario interesada. Con fecha de 23 de abril de 2001 tuvo nuevamente entrada en el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte solicitud de homologación de título de cirujano dentista (especialidad de ortodoncia) expedido por la Universidad Nacional Autónoma de México al título español de licenciada en odontología (especialidad de ortodoncia) al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, comunicándole al respecto la Jefa del Servicio de Homologación de Títulos Extranjeros Universitarios mediante resolución de fecha 4 de octubre de 2001, que tal solicitud fue denegada en su día y que no procedía nuevas actuaciones al respecto. Merced a un escrito de fecha 10 de julio de 2002, doña Rosa reiteró su pretensión de homologación del título universitario, contestándole de nuevo la Jefa de Servicio de Homologación de Títulos Extranjeros Universitarios en fecha 13 de marzo de 2003, y remitiéndola a la comunicación de 4 de octubre de 2001 en cuanto a la improcedencia de practicar nuevas actuaciones. Finalmente, mediante escrito dirigido al Ministro de Educación, Cultura y Deporte, de fecha 19 de mayo de 2003, la recurrente reclamó que se dictase una nueva resolución en la que se expresasen los recursos que caben contra la misma, al adolecer la de fecha 13 de marzo pasado de los requisitos formales contemplados por el artículo 58 de la Ley 30/1992. Habiendo trascurrido en exceso el plazo para contestar a dicho requerimiento aclaratorio, la recurrente interpuso el 23 de febrero de 2004 recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su petición.

En la demanda ulterior presentada por la recurrente en fecha 3 de marzo de 2005, así como en el escrito de interposición del presente recurso de casación, se insiste en el error que arrastra la queja desde la instancia, a saber, que la desestimación presunta impugnada viene a confirmar la denegación de la práctica de una prueba de conjunto al objeto de homologar los estudios mexicanos de cirujano dentista con los españoles de licenciado en odontología. Y es que, como bien señalan tanto el tribunal de instancia como el Abogado del Estado, el objeto litigioso no es tal denegación, pues dicha pretensión ya fue desestimada por resolución firme de 24 de julio de 1996, reiterando la Administración en comunicaciones de 4 de octubre de 2001 y 13 de marzo de 2003, la improcedencia de nuevas actuaciones en relación con una denegación firme, sin que concurrieran nuevos elementos que desvirtuaran la decisión adoptada.

Por lo tanto y circunscribiéndonos al objeto litigioso, es decir, la desestimación presunta de la pretensión aclaratoria formulada por la recurrente, debe anticiparse que la sentencia impugnada mal puede haber vulnerado los artículos 2 y 5.1 del Real Decreto 86/1987 o el 14 de la Constitución, cuando los referidos preceptos son de todo punto ajenos al contenido de la resolución atacada. A igual conclusión y por los mismos argumentos hemos de llegar en cuanto a la vulneración de la jurisprudencia apli-

Homologación

cable aducida. Finalmente, y por lo que respecta al único precepto cuya trasgresión sí encajaría con la pretensión casacional de la recurrente, el artículo 58 de la Ley 30/1992, debe señalarse sin embargo que tampoco puede prosperar. En efecto, en el supuesto de autos, ni la sentencia impugnada al desestimar el recurso contencioso-administrativo ni la Administración recurrida quebrantaron las previsiones recogidas en el artículo 58 citado, puesto que ninguna motivación ni expresión de recursos pertinentes se pueden exigir a la Administración a la hora de resolver sobre la aclaración interesada, toda vez que ninguna obligación tenía aquélla de aclarar una resolución –la de 24 de julio de 1996– articulada, motivada y firme, y que sin embargo hubo de ratificar innecesaria y graciosamente en sendas notas de 10 de octubre de 2001 y 13 de marzo de 2003.

A mayor abundamiento, y aun en el supuesto de que nos hubiese sido posible entrar a resolver sobre la cuestión de fondo pretendidamente planteada por la recurrente, igualmente el recurso debería ser rechazado. Es cierto que la normativa reguladora de la materia, constituida por el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, por el que se establecen las condiciones de homologación de los títulos académicos extranjeros de educación superior, prevé la posible celebración de una prueba de conjunto. Ahora bien, dicha prueba no siempre procederá y así ocurrirá, tal y como señalamos en Sentencia de 15 de febrero de 2007 (recurso de casación núm. 6460/2000), cuando, de acuerdo con el dictamen del Consejo de Universidades, «la equivalencia es tan insuficiente que ni tan siquiera permite la homologación tras la celebración de una prueba». Lo anterior resulta plenamente trasladable al presente caso, dada la índole de las materias respecto de las cuales se aprecian carencias y que se reflejan en el informe emitido por la Subcomisión correspondiente del Consejo de Universidades, sin que el recurrente haya demostrado que ello sea disconforme a derecho, ni razonado de modo extenso sobre la insuficiencia apreciada".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 19 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 2931/2007.
Ponente: Don Antonio Marti García.
Voz: Homologación del título de arquitecto obtenido en Ecuador.
Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó su solicitud de homologación del título de arquitecto obtenido en la República del Ecuador.

"En el presente caso la solicitud del demandante no consiste en la homologación de un título expedido por una universidad extranjera tras los correspondientes estudios cursados en ella, sino del complejo formado por su título español de Arquitecto técnico en ejecución de obra, obtenido en 1970 en la Universidad de La Laguna y de los estudios cursados posteriormente en Ecuador, con lo que obtuvo el título ecuatoriano de Arquitecto, posibilidad que, como se indica en el informe del Consejo de Coordinación Universitaria, no existe en España, es decir que, salvo la posible convalidación de asignaturas, el título de Arquitecto técnico no habilita para el título de Arquitecto a modo de un primer ciclo de estudios, con independencia de que esta posibilidad haya existido o no anteriormente. En estas circunstancias, la apreciación inicial del Consejo resulta correcta cuando, al realizar el juicio de equivalencia previsto en la norma reglamentaria, comprueba que el título presentado se compone de los estudios españoles de Arquitecto técnico, más los complementarios que le fueron exigidos por la Universidad Central de Ecuador para obtener el de Arquitecto de aquel País, sin que estos últimos tengan el suficiente contenido para pretender ninguna homologación con los estudios españoles. Restan por examinar las alegaciones consistentes en la infracción del sistema de fuentes establecidos en el Real Decreto, al no aplicar directamente el Convenio de cooperación cultural entre España y el Ecuador de 14 de julio de 1975, ratificado el 17 de febrero de 1976 y en vigor desde el 14 de octubre de 1976; es cierto que entre las fuentes mencionadas por el

artículo 6 del Real Decreto, figuran los Tratados internacionales, por lo que el Convenio con Ecuador, que no es mencionado en la resolución impugnada, resultaría de aplicación; no lo es menos, sin embargo, que el artículo 16 del citado Tratado no contempla una homologación automática de los títulos académicos de educación superior, sino que reconoce «la validez y equivalencia de los estudios totales cursados y de los grados o títulos obtenidos en cada uno de los países, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en cada uno de ellos», reconocimiento y equivalencia que serán objeto de actualización periódica por la Comisión mixta prevista en el propio Tratado; como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de abril de 2001, en un caso similar al presente, esta declaración de equivalencia supone, a su vez, hacer una valoración no meramente nominalista de los títulos concedidos, equivalencia que en este caso no existe, según resulta claramente del informe del Consejo de Coordinación Universitaria, con la particularidad añadida en el presente caso, de que la mayor parte de dichos estudios corresponden a un título español diferente del que se pretende homologar. En cuanto a la infracción del principio de igualdad que, aunque no formulado expresamente, se deduce de la prueba propuesta consistente en las decisiones administrativas adoptadas con anterioridad respecto del mismo título de Arquitecto, la utilización del precedente está contemplada en el Real Decreto [artículo 7.b)] como criterio de homologación, cuando no existan las fuentes del artículo 6 como aquí sucede, pero no está obligada a ello; además es preciso acreditar la similitud del contenido de los estudios en cada caso, y en el presente no se ha acreditado la existencia de precedente basado en que los estudios se hayan realizado en parte en España y en parte en el extranjero, por lo que no es apreciar la existencia de discriminación; finalmente, en cuanto a la alegada doctrina de los actos propios que se fundamenta en que dirigió en Ecuador el proyecto de construcción de la Embajada de España y de la residencia del Embajador, su actuación profesional en este País al amparo de la titulación allí reconocida, no le habilita para ejercer en España la profesión sin la previa homologación del título, ni el hecho de haber sido contratado por la Administración española, junto con otro profesional, para dirigir esos proyectos de construcción, implica el reconocimiento de su título en España, que está sujeto al procedimiento legal y reglamentariamente previsto.

(...).

Alega en síntesis la recurrente, que en el supuesto de autos debió aplicarse el instituto del silencio positivo. Se señala que la sentencia vulnera la disposición adicional 29 de la Ley 14/2000 y el artículo 62.1 y 2 de la Ley 30/1992 por su aplicación indebida, ya que se aplica a un procedimiento administrativo, iniciado con anterioridad a tales leyes que no tienen carácter retroactivo y que como tal se aplicarán a los procedimientos que se inicien con posterioridad a su vigencia.

Procede rechazar tal motivo de casación pues no acabe apreciar las infracciones denunciadas cuando la sentencia en su Fundamento de Derecho Tercero dice literalmente: «Cuarto.–La primera alegación del demandante consiste en la obtención de su derecho a la homologación pretendida mediante silencio positivo, al no haber resuelto expresamente la Administración en el plazo reglamentariamente fijado para ello en el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero; tal alegación no puede ser estimada, por cuanto que, como consta en el expediente, realizó una primera solicitud el 2 de abril de 1991, siendo requerido el 22 de mayo siguiente para que completara la documentación presentada, lo que no hizo; seis años después, el 16 de julio de 1997, presentó una nueva petición, siendo requerido también para completar la documentación el 20 de noviembre de 1997 y el 4 de noviembre de 1998; el 4 de marzo de 1998 pidió prórroga del plazo concedido y no remitió los documentos solicitados hasta el 3 de septiembre de 2002; el 7 de mayo siguiente, el expediente fue enviado al Consejo de Coordinación

Homologación

Universitaria, que aprobó su dictamen desfavorable a la homologación en fecha no precisada de 2005; el 7 de febrero de este año, el Ministerio le comunicó el informe y le dio trámite de alegaciones, que formuló en escrito de 22 de abril de 2005 en el que, entre otros motivos, aducía la estimación de su solicitud por silencio positivo, dada la tardanza en la emisión del informe, superior a los tres meses, y solicitaba la expedición de certificado en que así se reconociera, obteniendo como respuesta la resolución denegatoria que ahora impugna. De lo anterior se deduce que la excesiva duración del procedimiento, considerado en su conjunto, se debió, en buena parte a la actitud del propio demandante; además, en materia de homologación de títulos académicos, el sentido del silencio es negativo o desestimatorio de la solicitud, como expresamente establece la Disposición Adicional 29, Anexo II de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, así como las anteriores normas en que se regulaba, por lo que ni existió acto presunto estimatorio ni la Administración estaba obligada a emitir un certificado en el sentido interesado, que era contrario a la ley», concluyendo y explicitando las razones por las que en el caso de autos no era aplicable la doctrina del silencio positivo, y con cita expresa de normas aplicables al supuesto de autos.

(...).

Por lo que respecta a la falta de fundamentación jurídica que reprocha a la sentencia impugnada, debe asimismo rechazarse tal pretensión, pues de la simple lectura de sus fundamentos jurídicos se deduce que la Sala de instancia a dado argumentada respuesta a las cuestiones planteadas por la quejosa, desde la pretensión de obtener la homologación vía silencio positivo, hasta la pretendida infracción de los principios de igualdad y de interdicción de la doctrina de los actos propios, pasando por la aducida infracción del sistema de fuentes y la particularidad de la presente homologación, al tratarse no de un título expedido por una universidad extranjera tras los correspondientes estudios cursados en ella, sino del complejo formado por su título español de Arquitecto técnico en ejecución de obra, obtenido en 1970 en la Universidad de La Laguna y de los estudios cursados posteriormente en Ecuador, con lo que obtuvo el título ecuatoriano de Arquitecto, posibilidad que, como se indica en el informe del Consejo de Coordinación Universitaria, no existe en España, es decir que, salvo la posible convalidación de asignaturas, el título de Arquitecto técnico no habilita para el título de Arquitecto a modo de un primer ciclo de estudios, con independencia de que esta posibilidad haya existido o no anteriormente.

Por último, y como bien dice la Sentencia de la Audiencia Nacional, la alegada doctrina de los actos propios que se fundamenta en que dirigió en Ecuador el proyecto de construcción de la Embajada de España y de la residencia del Embajador, no le habilita para ejercer en España la profesión sin la previa homologación del título, ni el hecho de haber sido contratado por la Administración española, junto con otro profesional, para dirigir esos proyectos de construcción, implica el reconocimiento de su título en España, que está sujeto al procedimiento legal y reglamentariamente previsto, sin perjuicio de que su actuación profesional en el Ecuador esté amparada por la titulación allí reconocida".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 6 de marzo de 2008.
Recurso de Casación: 99/2007.
Ponente: Don Antonio Marti García.
Voz: Homologación del título de licenciado en Tecnología de los Alimentos: Costa Rica.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por la Administración del Estado contra la resolución por la que se denegaba la solicitud de homologación del título de Licenciado en Tecnología de los Alimentos obtenido en la Universidad de Costa Rica. Se aprecia una falta de equivalencia de contenidos así como unas carencias de formación referidas a alguna de las materias que comprende el plan de estudios.

Homologación

"En el caso de autos el Consejo de Coordinación Universitaria se ha pronunciado el 30 de octubre de 2003 en sentido desfavorable, indicando que no cumple con los requisitos que figuran en los planes de estudios establecidos en el RD 1463/1990 y en la OM de 11 de septiembre de 1991, y que faltan por cursar: Alimentación y Cultura, Bromatología, Dietética y Nutrición, Higiene de los Alimentos, Normalización y Legislación y Salud Pública. Como se desprende del informe citado, la valoración realizada por dicho órgano técnico aprecia carencias numerosas en relación con la formación exigida en España para la obtención del título solicitado, carencias que se citan y que afectan al contenido troncal y esencial de dicha titulación, conclusiones que en modo alguno se han desvirtuado mediante las alegaciones de la demanda que se limitan a afirmar, con un alcance distinto al que les atribuye el Consejo de Universidades, que el estudio de tales materias troncales queda parcialmente distribuido en diversas asignaturas de su plan de estudios, y que las materias cuya carencia determina el informe negativo y la resolución denegatoria, se encuentran comprendidas en un Máster Universitario en Ciencia e Ingeniería de los Alimentos cursado en la Universidad Politécnica de Valencia en el año 2001, aspectos que ya tuvo ocasión de valorar el órgano técnico emisor del informe con el resultado antes señalado. Por lo expuesto, es evidente, que la respuesta a la pretensión principal de homologación ha de resultar desestimatoria y quedaría por estudiar la pretensión subsidiara centrada en que se supedite la homologación a la superación de una prueba específica. Hay que tener presente que el artículo 2 del Real Decreto 86/1987 dispone que: «La homologación de títulos extranjeros de educación superior sólo podrá exigir la realización de pruebas de conjunto en aquellos supuestos en que la formación acreditada no guarde equivalencia con la que proporciona el título español correspondiente. En tales supuestos podrá condicionarse la homologación a la superación de una prueba sobre aquellos conocimientos básicos de la formación española requeridos para la obtención del título». La resolución recurrida, de las tres posibilidades que se abren con la solicitud de homologación de un título de educación superior extranjero, se decanta por denegación pura y simple, y el Consejo de Coordinación Universitaria no se pronuncia expresamente sobre la procedencia o no de la prueba de conjunto, pero la Comisión de la especialidad no hace objeción a la equivalencia en duración sino únicamente se centra en la falta de equivalencia de contenidos y el informe del órgano técnico no permite considerar que no se reúnan los requisitos mínimos de contenido, sino que estamos ante unas carencias concretas al concretarse la insuficiencia de la formación sólo a alguna de las materias que comprenden el plan de estudios, por lo que aplicación la posibilidad de condicionar la homologación a la superación de la prueba a que se refiere el artículo 2 del Real Decreto, esta ajustada a las previsiones normativas y a la base fáctica del asunto y, en consecuencia, procede estimar la pretensión subsidiaria que se contiene en la demanda. Por todo ello, procede estimar parcialmente el recurso y confirmar la resolución impugnada».

(...). En ningún caso se pueda entender el ofrecimiento de la prueba de conjunto, visto el precepto citado, como una obligación de la Administración, añadiendo que «a mayor abundamiento, aunque el Consejo de Coordinación Universitaria no diga expresamente que no procede la prueba de conjunto, si no ofrece la misma e informa desfavorablemente la homologación, es claro que su opinión es contraria a la procedencia de dicha prueba». Por ello, sostiene que al afirmarse por la Sala de instancia que «debe ofrecerse la prueba de conjunto al solicitante, a pesar de la opinión contraria del Consejo de Coordinación Universitaria, la Sentencia contradice la propia jurisprudencia de la Audiencia Nacional y de ese Alto Tribunal al que ahora tenemos el honor de dirigirnos sobre la presunción de legalidad y acierto de los informes de este órgano basada en su carácter técnico e imparcial», alegando que «el hecho de que la falta de equivalencia de las formaciones se haya referido por la Administración a asignaturas concretas no conlleva necesariamente,

Homologación

como entiende la Sentencia recurrida, que la prueba de conjunto sea el mecanismo apto para apreciar la equivalencia. Esta es una conclusión de carácter técnico que exige conocer el contenido de las distintas asignaturas y su peso específico dentro de la Licenciatura y, por ello, es el órgano especializado de la Administración el que debe alcanzar la misma».

Y procede acoger tal motivo de casación.

(...).

En atención a lo anterior, esta Sala entiende que si el Consejo de Coordinación Universitaria, examinada la formación del solicitante y de las carencias apreciadas en la misma, emitió un informe desfavorable a la homologación, tal criterio técnico debe prevalecer sobre el mantenido por la Sentencia de instancia que, por otro lado, resulta contradictorio con lo expresado en su Fundamento de Derecho Tercero en el que sostenía que «Como se desprende del informe citado, la valoración realizada por dicho órgano técnico aprecia carencias numerosas en relación con la formación exigida en España para la obtención del título solicitado, carencias que se citan y que afectan al contenido troncal y esencial de dicha titulación», añadiendo que tales conclusiones «en modo alguno se han desvirtuado»".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 13 de marzo de 2008.
Recurso de Casación: 7175/2005.
Ponente: Don Enrique Lecumberri Marti.
Voz: Homologación del título de Bachelor of Engineering: Reino Unido.
Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la resolución por la que se acordó denegar la solicitud de homologación de "Bachelor of Engineering" obtenido en Reino Unido.

"Para resolver el presente recurso de casación conviene precisar qué es lo que se debe decidir en este pleito. Según se ha visto el Sr. Raúl solicitó la homologación del título que expidió en su favor la Embry-Riddle Aeronautical University el 13 de agosto de 1991. Tal como afirma la Sentencia de la Audiencia Nacional, se trata de un título oficial extranjero y no se discute que sea de educación superior. Por tanto, en principio, parece que debería aplicarse al procedimiento administrativo incoado al efecto el Real Decreto 86/1987, ya que tiene, precisamente, ese objeto. Así lo hizo el Ministerio de Educación y Cultura, que siguió los trámites previstos en esas normas reglamentarias. No obstante, en cuanto tuvo conocimiento de que parte de la enseñanza que soporta el título la siguió don Raúl en los campus de la University of Maryland en Rota y Torrejón, la Administración consideró inviable la pretensión del interesado porque tales centros no cuentan con la autorización prevista por el Real Decreto 557/1991, de acuerdo con los razonamientos que se han expuesto.

Sin embargo, a juicio de la Sala, ese proceder seguido por el Ministerio de Educación y Cultura, primero, y confirmado por la Sentencia de la Audiencia Nacional, después, no se ajusta al ordenamiento jurídico. En particular, incurre en la infracción que don Raúl apunta en el segundo de los motivos de su recurso de casación. Es decir, se aparta del sistema de fuentes e inaplica la normativa procedente: el Real Decreto 86/1987. Si estamos ante un título oficial extranjero de educación superior cuya homologación se pretende, hay que aplicar las reglas que rigen ese procedimiento, no las relativas a la creación y reconocimiento de Universidades y Centros Universitarios porque no es de eso de lo que aquí se discute.

De lo que se debe tratar, punto este en el que todos parecen coincidir, es de determinar si, efectivamente, hay equivalencia entre la formación gracias a la que don Raúl obtuvo el título que quiere homologar y la exigida en España para la expedición del título de Ingeniero, Superior o Técnico, Aeronáutico. Porque no parece preciso observar

que seguir el camino de la aplicación del Real Decreto 86/1987 no significa conceder necesariamente la homologación solicitada. Supone, ante todo, comprobar si existe o no esa equivalencia. Y, si no se da, no procederá la homologación y no se producirá ninguna elusión ni fraude. Mientras que, si existe esa equivalencia, tampoco podrá considerarse que ha habido fraude porque, siendo equivalente a la exigida en España la formación en que se sustenta tal título, procederá su homologación.

Lo determinante para la homologación de títulos extranjeros de educación superior de cuya oficialidad no se duda, como aquí sucede, es la formación que comportan. Y esa formación depende de sus contenidos, no del lugar en el que se imparten las enseñanzas. No cabe, pues, intercalar en el régimen dispuesto para la homologación de títulos extranjeros previsiones sobre los requisitos necesarios para reconocer en España Universidades o Centros Universitarios. En definitiva, se ha producido una indebida aplicación del Real Decreto 557/1991, mientras que se inaplicaba, también indebidamente el Real Decreto 86/1987.

Cuanto acabamos de decir se separa de lo mantenido por la Sentencia de esta Sala y Sección de 9 de diciembre de 2003 (casación 4310/1998) dictada en un supuesto semejante al presente, en el que la Administración aplicó los mismos criterios que en este caso, los cuales fueron asumidos por la Sentencia de la Audiencia Nacional entonces impugnada. Se trataba entonces de una solicitud de homologación del título de Bachelor of Arts expedido por la Saint Javier University de Chicago, con estudios parciales en el Instituto Europeo de Derecho y Economía de Barcelona, con el español de Licenciado en Ciencias Económicas.

(...).

«En el presente caso es obvio que el interesado ha solicitado no la homologación de su título sino el reconocimiento a efectos del ejercicio de la profesión de Ingeniero Industrial e Ingeniero Técnico Industrial, tal cual indicó inicialmente y en el suplico de la demanda. A estos efectos, lo importante es el título expedido al margen del lugar en que los estudios fueron realizados, pues nada impide a un Estado miembro de la Unión Europea reconocer estudios realizados en Centros de otro Estado miembro y con base en los mismos otorgar el correspondiente título. El control de calidad de los estudios y demás medidas de garantía deben reconocérsele al Estado que expide el título, que hay que presumir por su propio interés que velará por la regularidad y cualificación de los mismos. No otra cosa puede extraerse del artículo 2.º del Real Decreto 1665/1991 que como requisito para ejercer en España una profesión regulada por nacional de un Estado miembro de la Unión Europea únicamente exige estar en posesión de un título obtenido en un Estado de la Unión Europea, y ello con independencia del lugar en que los estudios se cursaron, pues el artículo 1 define como título, 'cualquier título expedido por una Autoridad competente en un Estado miembro, que acredite que el titular ha superado un ciclo de estudios postsecundarios de una duración mínima de tres años en una Universidad, en un Centro de Enseñanza Superior o en otro Centro del mismo nivel de formación y que posee las cualificaciones profesionales requeridas para acceder a una profesión regulada en dicho Estado miembro, siempre que la formación haya sido adquirida principalmente en la Comunidad o el titular tenga una experiencia profesional de tres años acreditada por el Estado miembro que haya reconocido el título'; es decir, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: título, superación de estudios postsecundarios de duración mínima de tres años y que la formación haya sido adquirida en la Comunidad. Dichos requisitos concurren en el interesado, por lo que debe estimarse su recurso de casación, sin que pueda observarse la existencia de un fraude de ley, en atención a lo que a continuación se dirá»".

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 17 de enero de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 653/2006.
Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.
Voz: Concesión de nacionalidad: integración en la sociedad española.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó su solicitud de nacionalidad española por residencia al considerar que no había acreditado suficiente grado de integración en la sociedad española.

"El recurrente alega que fue entrevistado en dos ocasiones por el encargado del Registro Civil en las que puso de manifiesto su conocimiento de nuestro idioma tanto a nivel oral como por escrito y cuando fue preguntado sobre diversos aspectos institucionales de la vida en España supo responder correctamente a todos ellos. A su juicio, el hecho determinante de la denegación de la nacionalidad por falta de integración, y así se expresa en el acta levantada tras la segunda comparecencia ante el Encargado del Registro Civil, ha sido que se dedique a comprar mercancías en Ceuta y venderlas en Marruecos y viceversa, lo que, a su juicio, no puede implicar una falta de adaptación a la vida y costumbres en España ni ser determinante de su falta de integración en nuestra sociedad, máxime cuando presenta un importante arraigo en España al estar casado con una persona que adquirió la nacionalidad española y sus hijos tienen esta nacionalidad.

(...).

Como consecuencia de un informe del Centro Nacional de Inteligencia en el que se hacia constan que el recurrente «habla con dificultad el español, lo que limita su integración en la sociedad española de la que desconoce los aspectos básicos e instituciones» se acordó someterle a una segunda entrevista más extensa, que tuvo lugar el 20 de febrero de 2006 y en ella se le sometió a un cuestionario mucho más amplio y supo responder correctamente a todas las preguntas (tales como el partido en el gobierno y en la oposición, el nombre de los anteriores Presidentes del Gobierno, el nombre de algunas Comunidades Autónomas, la existencia de otras lenguas cooficiales en España, qué es una constitución, quién ostenta la Jefatura del Estado, nombre de algunas de las instituciones españolas básicas, el nombre de algunas fiestas españolas más relevantes e incluso nombre de varios periódicos de tirada nacional). El Encargado concluyó que «No queda comprobado el grado de adaptación a la vida y costumbres de la sociedad española del promotor del expediente, ya que la integración social no deriva exclusivamente del grado del conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y valores, todo lo cual ha de justificarse por el interesado desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente. Según manifestación del propio interesado, se dedica a comprar mercancías en Ceuta y venderlas en Marruecos y viceversa».

Lo cierto es que a la vista de las preguntas y respuestas realizadas en esta segunda comparecencia no se comprende la conclusión negativa que se extrae. El recurrente parece dominar el idioma español en su expresión oral y escrita, tiene un amplio conocimiento de aspectos básicos e institucionales de nuestra sociedad, incluso de su vida cotidiana y, sin embargo, el Encargado del Registro concluye que no queda demostrado su grado de integración. No debe olvidarse tampoco que el recurrente tiene un importante arraigo familiar en nuestro país, pues tanto la esposa como los hijos del recurrente ostentan la nacionalidad española y que estos últimos están escolarizados en un centro público de Ceuta.

Nacionalidad

A la vista de todo lo expuesto parece ser que el único motivo que justifica la afirmación de su falta de integración parece consistir en que el recurrente desempeña una actividad de compra y venta de mercancías entre Ceuta y Marruecos. Lo cierto es que ni dicha actividad comercial tiene la consideración de ilícita, siempre que pague los derechos de aduanas y restantes impuestos, ni puede considerarse como una circunstancia reveladora de su falta de integración en nuestra sociedad, pues implicaría tanto como afirmar que aquellas personas que se dedican al comercio exterior con otros países no están integrados en la forma de vida en España, lo cual obviamente no es sostenible.

A tal efecto, ha de significarse que la integración social deriva de múltiples circunstancias, entre las que cabe destacar el conocimiento de nuestro idioma en cuanto constituye el fundamental medio de comunicación e integración social, pero también de otras muchas más que permitan extraer la conclusión de que existe la suficiente armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar. Y en todos estos aspectos, a la vista de las comparecencias practicadas y de la documentación aportada al expediente, se desprende que el recurrente tiene un suficiente grado de integración en la sociedad española que le permite acceder a la nacionalidad pretendida".

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 17 de enero de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 543/2006.
Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.
Voz: Denegación de nacionalidad: matrimonio con española: acreditación de convivencia.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la nacionalidad solicitada al no quedar suficientemente acreditada la convivencia del matrimonio durante el año inmediatamente anterior a su petición.

"El presente recurso tiene por objeto la resolución del Ministro de Justicia de 12 de diciembre de 2005, confirmada en reposición por resolución de 17 de mayo de 2006, por las que se denegó la nacionalidad española solicitada al considerar que «no lleva diez años de residencia legal en España exigidos por el artículo 22 del Código Civil, sin que, por la documentación que obra en el expediente pueda serle de aplicación el plazo abreviado de un año que se indica en el apartado 2.d) de dicho artículo, al no quedar suficientemente acreditada la convivencia del matrimonio durante el año inmediatamente anterior a la petición a la vista del informe expedido por la Policía Local y del certificado de empadronamiento, el promotor se da de alta el 18 de septiembre de 2000 procedente de Israel y su cónyuge español el 3 de junio de 2005 procedente de Túnez».

El recurrente admite que no cumple con el período de residencia de diez años por lo que su discrepancia se centra en impugnar la cuestionada falta de convivencia con su cónyuge y residencia efectiva en nuestro país, por lo tanto, la posibilidad de adquirir la nacionalidad española por el cumplimiento del plazo abreviado de residencia de un año por estar casado con una nacional española.

A tal efecto aduce que: el informe de la Policía municipal en el que se afirmaba que en el domicilio facilitado los vecinos no conocían al recurrente y a su esposa se debe a que la policía se equivocó de portal al haber visitado (...) y que al tratarse de dos portales independientes con un gran número de vecinos cada uno ello motivó que los vecinos no tuviesen noticia de la existencia del matrimonio; en segundo lugar aduce que su esposa que estuvo empadronada en Madrid, por motivos laborales se tuvo que trasladar un tiempo a Túnez por lo que se dio de baja en el empadronamiento regresando en el año 2005 pero sin que durante este tiempo cesase la convivencia en común del matrimonio;

la Administración no ha tomado en consideración otros factores que acreditan su vida en común en España tales como la existencia de cuentas bancarias conjuntas, la adquisición de bienes inmuebles para la sociedad de gananciales y el nacimiento de dos hijos después de haberse iniciado el expediente de nacionalidad.

(...).

El recurrente es de origen palestino, nacido en Jerusalén y con documento de viaje jordano, y contrajo matrimonio por poderes el 5 de noviembre de 1998 con doña María Virtudes, y finalmente obtuvo la tarjeta de residente comunitario el 19 de septiembre de 2000.

Para acreditar la residencia efectiva, continuada y en común del matrimonio en España en este período el recurrente aduce la existencia de varias cuentas en común, la compra de bienes inmuebles y el hecho de que han nacido varios hijos en común de dicho matrimonio.

Es cierto que el recurrente y doña María Virtudes tenían una cuenta conjunta en el BBVA que abrieron en abril de 1997, antes de contraer matrimonio, y que ambos compraron un piso de forma conjunta para la sociedad de gananciales el 31 de octubre de 2001 pero este dato no revela una estancia efectiva del matrimonio en España sino una cierta actividad económica en nuestro país que puede ser aislada o meramente instrumental respecto de su actividad laboral y su estancia personal en otro país. Para ello hubiese sido preciso que aportase los movimientos de dicha cuenta durante el período al que se contrae el presente recurso con la finalidad de acreditar una actividad económica efectiva del matrimonio (domiciliaciones, pagos etc.) capaz de demostrar su presencia efectiva en nuestro territorio. Por otra parte, también consta acreditado que doña María Virtudes adquirió el 9 de abril de 1997, antes de contraer matrimonio con el recurrente, un inmueble con carácter privado sito en la Calle (...) de Madrid, dato que resulta irrelevante a los efectos que nos ocupan; y también que posteriormente ambos cónyuges adquirieron de forma conjunta y para la sociedad de gananciales otro inmueble sito en la Calle (...) de Madrid el 25 de junio de 2004 pero tampoco esta adquisición aparece referida al período de residencia que nos ocupa sino a un tiempo muy posterior.

Estos datos, junto con el nacimiento de sus hijos en el año 2005, servirían para acreditar que el matrimonio comparte intereses patrimoniales y ha venido desarrollando una vida en común antes de este período e incluso que han continuado manteniendo una vida en común después de solicitar la nacionalidad española, como lo demuestra el nacimiento de sus dos hijos en el año 2005, pero no son indicativos de una convivencia real y efectiva de ambos cónyuges en España de forma continuada durante el año inmediatamente anterior a su solicitud.

(...).

En el supuesto que nos ocupa y por lo que respecta la residencia efectiva y continuada del matrimonio en nuestro país durante el período comprendido entre el 6 de noviembre de 2001 hasta el 6 de noviembre de 2002 consta un informe de la policía municipal (...) en el que los agentes se personaron en la Calle (...) haciendo constar que «personados en el lugar, efectivamente figura su nombre impreso junto al de otras dos personas filiadas en el punto 3 en el buzón. Preguntado a los vecinos manifiestan no conocer a los referidos ni saber quienes son, por lo que se pregunta a los porteros del inmueble tanto el de turno de mañana como en el de tarde, manifestando que tampoco los conocen en la finca» y el citado informe añade «el referido domicilio es propiedad de Carlos María ... padre de la filiada como María Virtudes, esta persona con su mujer Julia ..... pasan largas temporadas fuera de España y más concretamente en las fechas se encuentran desde hace dos meses en Brasil, por lo que no existe posibilidad de preguntarles sobre el asunto que nos ocupa».

Nacionalidad

El recurrente pretender privar de valor a dicho informe acogiéndose al error que se produjo en la identificación del portal en el que residían, considerando que los agentes visitaron un inmueble distinto lo cual explicaría que tanto los vecinos como los porteros del inmueble no les conociesen. Lo cierto es que de la lectura completa del citado informe se desprende que no existió tal error de localización, al margen de que se reseñase un portal equivocado, pues en dicho informe existen datos suficientes que avalan que se realizó la indagación policial en el domicilio correcto. Así, consta que efectivamente en el buzón de la correspondencia particular figuraba el nombre del recurrente y de doña María Virtudes y el de otras dos personas más (sin duda los padres de su esposa al ser el inmueble de su propiedad) también se afirma por la policía que se constató que el referido inmueble era propiedad de Carlos María el padre de su esposa y que los titulares pasaban largas temporadas en el extranjero, encontrándose en el momento de la vista en una estancia en Brasil de dos meses y que preguntado a los porteros no conocían ni al recurrente ni a su esposa. Extremos estos que acreditan, con independencia del posible error en la reseña del domicilio visitado, que la policía no se confundió de inmueble y efectivamente indagó en el domicilio que se proporcionó por el recurrente y su esposa como domicilio de convivencia conyugal, tratándose en realidad de un inmueble propiedad de los padres de su esposa en el que habían añadido su nombre al buzón de correspondencia pero en el que ni los vecinos ni los porteros del mismo tenían la menor noticia de estas personas. Actuación de la que se desprende que se trataba, en realidad de un domicilio que se proporcionaba para las gestiones administrativas y oficiales pero en el que ni el recurrente ni su esposa residían de forma efectiva.

Esta conclusión aparece reforzada si tomamos en consideración que si bien el recurrente se empadronó en dicho domicilio desde septiembre de 2000, su esposa se había dado de baja por cambio de residencia con destino a Túnez el 23 de abril de 2002 y no volvió a darse de alta hasta el mes de junio de 2005. Dato este que coincide con el que figura en el pasaporte del recurrente (...) en el que figura que obtuvo un visado en abril de 2002 con validez hasta marzo de 2003 para Túnez y que realizó numerosos viajes a Túnez y a Jordania en esas fechas.

El recurrente para explicar este hecho afirma que efectivamente su esposa estuvo una corta temporada en Túnez por motivos laborales pero que durante ese tiempo no cesó la convivencia conyugal. Lo cierto es que de los datos reseñados se desprende que en abril de 2002 la esposa se trasladó a vivir a Túnez y no regresó hasta junio de 2005 y que durante este tiempo el matrimonio no residió en España y el propio recurrente obtuvo un visado de un año para transitar por dicho país, sin que el domicilio en Madrid que figuraba en su empadronamiento oficial se correspondiese con la residencia real y efectiva de dicho matrimonio durante el año inmediatamente anterior a su petición, por lo que no se trata de una ausencia esporádica y ocasión sino que trasladaron su residencia a otro país, o al menos no consta su residencia efectiva y continuada en el nuestro.

Es por ello que no resulta acredita una residencia efectiva y continuada durante el año inmediatamente anterior a su petición por lo que procede, de conformidad con la resolución administrativa, denegar la nacionalidad por residencia solicitada".

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 18 de enero de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 401/2006.
Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.
Voz: Denegación de nacionalidad: falta de integración.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente contra las resoluciones que denegaron la solicitud de concesión de la nacionalidad por falta de adaptación a la vida, costumbres y cultura de la sociedad española.

"La interesada presentó su solicitud origen de la litis el 1 de febrero de 2000, debiendo subrayarse que

tanto el Ministerio Fiscal como el Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil han emitido su parecer desfavorable a dicha solicitud.

A efectos de la comprobación del grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles obran en el expediente administrativo dos actas de fechas 24 de abril de 2000 y 12 de diciembre de 2001 que, respectivamente, reflejan los resultados de sendas comparecencias de la interesada ante el Encargado, el cual en ambos casos viene a concluir que no queda comprobado el grado de adaptación de aquélla a la vida, costumbres y cultura de la sociedad española, ya que, si bien habla y entiende el castellano, apenas lo sabe leer y escribir a pesar de tratarse de una persona joven, siendo de observar, además, que en las mentadas actas consta que la hoy demandante no supo contestar a sencillas preguntas sobre elementos básicos de España y su cultura, como provincias, ciudades o museos.

La demanda rectora del proceso expone las circunstancias personales que concurren en la interesada, cita la jurisprudencia que considera aplicable y termina suplicando la concesión de la nacionalidad española, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su escrito de contestación a la demanda.

Visto cuanto antecede, es de recordar que esta Sala ha dicho en ocasiones anteriores que la integración social no deriva exclusivamente del nivel de conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente. Por otra parte, también hemos dicho que el conocimiento de la lengua española forma parte del grado de adaptación a la cultura española, que, a su vez, es un componente del requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española que la interesada debe justificar, si bien aquel conocimiento idiomático es un dato que debe ser valorado en su justa medida y no puede erigirse por sí solo en un impedimento insalvable si queda acreditado de otro modo el suficiente grado de integración.

En el caso que ahora nos ocupa puede afirmarse el arraigo familiar de la demandante, cuyo arraigo familiar, sin embargo, no llena por sí mismo el requisito legal del suficiente grado de integración en la sociedad española. Lo actuado en el expediente administrativo pone de manifiesto no solo que la recurrente posee un precario y deficiente conocimiento del idioma español, sino además que desconoce aspectos básicos de la cultura española, sin que conste, por otro lado, que dicha parte mantenga relaciones económicas, sociales o culturales que denoten su integración social como ineludible presupuesto para la adquisición de la nacionalidad pretendida, por lo que hemos de concluir que la actora no cumple las condiciones legales necesarias para el éxito de su acción.

En el estado actual de la legislación quizá resultaría excesivo exigir un conocimiento exhaustivo de la cultura española y del sistema institucional español para la adquisición de la nacionalidad, pero no puede obviarse que un razonable nivel de conocimiento sobre aquellos campos representa un índice más del necesario grado de integración social como requisito para la adquisición de la nacionalidad, siendo de advertir que el desconocimiento que la actora demuestra en sus dos comparecencias ante el Encargado no favorece precisamente su pretensión de adquisición de la nacionalidad española".

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.
Fecha: 22 de enero de 2008.
Recurso Contencioso-Administrativo: 340/2005.
Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.
Voz: Concesión de nacionalidad española: orden público o interés nacional.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se deniega la nacio-

Nacionalidad

nalidad española por razones de orden público o interés nacional. El recurrente, que trabaja como médico, está casado con ciudadana española, reside legalmente en España, carece de antecedentes penales y no ha mantenido mala conducta cívica.

"En efecto, de la documentación incorporada al expediente administrativo se desprende que el recurrente viene residiendo legalmente en España desde el año 1985; es Médico Especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica, desempeñando su actividad profesional retribuida en el ámbito de la referida especialidad; está casado con ciudadana española; carece de antecedentes penales en España, y en su país de origen, Líbano; y no ha mantenido mala conducta cívica, según informes policiales, durante su permanencia en España.

El único motivo por el que se deniega la nacionalidad española al recurrente es un informe reservado del Centro Nacional de Inteligencia, fechado el 29 de octubre de 1997, del que la Administración concluye que, en atención al círculo de relaciones y actividades del recurrente, concurren razones de orden público e interés nacional que justifican la denegación de la nacionalidad española.

Pues bien, esta Sala ha intentado que el Centro Nacional de Inteligencia explique el círculo de relaciones o actividades del recurrente que podrían afectar al orden público o al interés nacional, solicitando como diligencia final un informe sobre el particular, sin que el referido Centro haya aportado información adicional alguna a la remitida en su día a la Administración.

Consecuentemente, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo expresada en el fundamento de derecho anterior, no constando a esta Sala las razones de orden público e interés nacional que justifican la denegación de la nacionalidad española al recurrente, y no cuestionando la Administración el cumplimiento por el recurrente del resto de los requisitos necesarios para el reconocimiento de la nacionalidad española, procede la estimación del presente recurso, la anulación de la resolución recurrida y el reconocimiento al recurrente de nuestra nacionalidad".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 13 de febrero de 2008.
Recurso de Casación: 118/2004.
Ponente: Don Agustín Puente Prieto.
Voz: Concesión de nacionalidad española: residencia habitual.
Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado. Queda acreditada la habitualidad de la residencia en España por parte del recurrente como causa determinante de la concesión de la nacionalidad.

"En el presente caso la resolución denegatoria considera que el solicitante no residió efectivamente en España, por las salidas y entradas en el territorio español que constan en su pasaporte; parte para ello de que la residencia, en el sentido ahora analizado, se interrumpe por la existencia de breves ausencias de días de duración, más o menos justificadas por razones profesionales o familiares, en este caso por su trabajo como intermediario en la venta de carnes entre una empresa de Dinamarca y su País de origen, así como para visitar a sus padres, que residen en Irán, lo que es contrario a la interpretación del plazo fijado por el artículo 22.d) CC, que viene realizando esta Sala y Sección que, en casos como el presente, en que queda plenamente acreditado que el domicilio, entendido como el centro de relaciones familiares, económicas y profesionales se mantiene en España, la existencia de cortos desplazamientos fuera de nuestro país no es suficiente para entender incumplido el requisito de la residencia legal ininterrumpida durante el plazo exigido pues, como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de noviembre de 2000, «la no presencia física ocasional y por razones justificadas del territorio español no presupone el incumplimiento del requisito de residencia continuada siempre que

no se traslade la residencia habitual y por ende el domicilio fuera del territorio español».

Así, consta que el demandante vive habitualmente con su esposa y sus dos hijos, que los tres poseen la nacionalidad española y viven en nuestro País, en un piso propiedad del demandante quien tiene otras propiedades en España; consta igualmente que el destino de sus viajes al extranjero son de corta duración y se ha facilitado una explicación razonable sobre los mismos que, en lo referente a su profesión, resulta corroborada por el informe de la Dirección General de la Policía, por lo que hay que concluir que su residencia en España, a los efectos que aquí interesan, no resulta interrumpida, como apreció erróneamente la resolución impugnada que, por ello, procede revocar.

(...).

En el presente caso, constituye un hecho, que el Tribunal en la sentencia recurrida valora como probado, que el recurrente vive habitualmente con su esposa y sus dos hijos, que los tres poseen la nacionalidad española, viviendo en nuestro país en un piso propiedad del demandante, quien tiene además otras propiedades en España. Considera igualmente la sentencia que el destino de sus viajes al extranjero son de corta duración y que se ha facilitado una explicación razonable sobre los mismos que, en lo referente a su profesión, resulta corroborada por el informe de la Dirección General de la Policía, todo lo cual conduce al Tribunal de instancia a apreciar que la residencia en España, a los efectos que aquí interesan, no resulta interrumpida, en contra de lo que apreció erróneamente la resolución impugnada cuya anulación, por ello, dispone.

Y tal rotunda apreciación de los hechos no ha sido eficazmente combatida por la recurrente que, frente a la valoración que de los mismos ha hecho el Tribunal de instancia, se limita a realizar una nueva evaluación de los mismos que le permiten concluir en la falta de acreditación del carácter ininterrumpido de la residencia del actor en España, lo que comporta, en opinión del recurrente, una infracción de lo dispuesto en el artículo 22 del Código Civil y de la propia doctrina jurisprudencial que invoca el recurrente.

De todo lo anterior se deduce que la valoración de los hechos que la sentencia realiza, entendiendo que está acreditada la habitualidad de la residencia en España por parte del recurrente como causa determinante de la concesión de la nacionalidad, en función de las consideraciones que el Tribunal realiza, no ha sido combatida, de manera eficaz, por el actor aduciendo ninguno de los motivos a que antes hacíamos referencia y que permitiera a este Tribunal enjuiciar en vía casacional dicha valoración del Tribunal de instancia, lo que conduce necesariamente a la desestimación del recurso de casación".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.
Fecha: 5 de marzo de 2008.
Recurso de Casación: 1123/2004.
Ponente: Don Agustín Puente Prieto.
Voz: Denegación de nacionalidad: falta de integración en la sociedad española.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado. El solicitante de la nacionalidad española llevaba más de veinte años residiendo en España y no ha sido capaz de llegar a una normal expresión de la lengua española.

"La sentencia recurrida recoge en el fundamento de derecho segundo las alegaciones de la recurrente en justificación de su pretensión de reconocimiento de la nacionalidad española la cual, según se acepta por el Tribunal de instancia, resulta que con la solicitud de reconocimiento de dicha nacionalidad acreditó que lleva en España de forma continuada más de veinte años, habiendo fijando aquí su residencia en 1981, con un suficiente grado de integración puesto que, según afirma la sentencia, «aquí

ha pasado la mayor parte de su vida y aunque no ha tenido necesidad de trabajar fuera de su casa, sí se ha relacionado con su entorno, realizando las tareas habituales. Su esposo e hijos son españoles. En la entrevista pudo verse afectada en la expresión oral, al celebrarse en un entorno no habitual para ella».

(...).

Entiende el Sr. Abogado del Estado que, constituyendo la expresión del idioma una obligación de todo español, conforme dispone el artículo 3 de la Constitución, y siendo el mismo el vehículo de comunicación por el que se expresan y relacionan los miembros de la sociedad, la integración en la misma pasa por conocer el idioma oficial en que además se expresan y documentan también los derechos y deberes y en el que, al adquirir la nacionalidad española, se van a ejercer además los derechos políticos, por lo que concluye que no cabe apreciar una integración en la sociedad sin conocimiento del idioma lo que, conforme al estándar medio exigido por la realidad social, ha de entenderse que exige hablarlo con la suficiente claridad. Por ello, al faltar el normal conocimiento del idioma, no puede entenderse que exista una legal justificación de la integración en la sociedad, máxime al tratarse de una persona que lleva más de veinte años residiendo en España y no ha sido capaz de llegar a una normal expresión de la lengua española, entendiendo, por lo tanto, que la sentencia recurrida ha infringido en su aplicación los artículos 22.4 en relación con el 3.1 del Código Civil y con el artículo 3.1 de la Constitución.

(...).

Como bien dice el Abogado del Estado en el escrito interpositorio de esta casación, el idioma es el vehículo de relación en la sociedad y mal puede entenderse acreditada una integración en la misma por parte de quien carece de posibilidad de comunicación con los miembros de dicha sociedad, máxime cuando en el presente caso la actora interesó el recibimiento del procedimiento a prueba para acreditar el suficiente grado de integración de la recurrente, tanto por su expresión en castellano como en el entorno en que se encuentra, y, aceptado por el Tribunal de instancia dicho recibimiento interesado por la recurrente, no se practicó prueba alguna, que fácil hubiera sido realizara a la actora para acreditar su corrección en el uso de la lengua española, máxime al tratarse de una persona que, nacida en Marruecos en el año 1951 y que afirma residir en España desde 1981, no ha expresado voluntad alguna de conseguir dicha integración, en términos similares a los considerados por esta Sala en su Sentencia de 29 de octubre de 2004 (Casación 7.900/2000).

Entiende, en definitiva, la Sala que la justificación del suficiente grado de integración en la sociedad por parte del solicitante de la nacionalidad impuesta por el artículo 22.4 del Código Civil exige el conocimiento por parte del interesado del idioma español, en grado suficiente no ya sólo para entenderlo, sino para hablarlo y facilitar con ello sus relaciones con terceros dentro del país en que pretende desenvolverse. En consecuencia, y careciendo de dicho conocimiento la recurrente, no debió concederse la nacionalidad española, como así lo apreció la Administración, y, en definitiva, procede la estimación del presente recurso de casación con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida y la declaración de la conformidad a derecho del acto administrativo impugnado".

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Fecha: 26 de junio de 2008.
Cuestión Prejudicial: C-329/06 y 343/06.
Ponente: Sr. Rosas.

Régimen comunitario

Voz: Permiso de conducción: reconocimiento recíproco. Requisito de residencia.

Resumen: El Tribunal señala que la Directiva 91/439 del Consejo, de 29 de julio, se opone a que un Estado miembro que esté obligado a reconocer el derecho a conducir que resulta de un permiso de conducción expedido por otro Estado, suspenda con carácter provisional dicho derecho mientras este último comprueba las condiciones de su expedición. Sin embargo esas disposiciones no se oponen a que un Estado miembro decida suspender ese derecho si se desprende del propio permiso que el requisito de residencia no se cumplía en el momento de su expedición.

"El Sr. Wiedemann, nacional alemán, reside en Alemania desde el 30 de junio de 1995, inicialmente en Bad Waldsee y posteriormente en Wangen im Allgäu.

El 29 de abril de 2002, el Landratsamt Ravensburg (Administración de Ravensburg) expidió a su nombre un permiso de conducción de la clase B por un período de prueba de dos años. El 2 de septiembre de 2003, se impuso al Sr. Wiedemann la obligación de participar en un curso de conducción por haber cometido una infracción en materia de circulación vial. Una prueba de orina a la que se le sometió el 20 de marzo de 2004 reveló que había consumido heroína y cannabis. En dicha ocasión, el Sr. Wiedemann reconoció que consumía cannabis de manera habitual.

Mediante resolución de 14 de abril de 2004, el Landratsamt Ravensburg retiró el permiso de conducción al Sr. Wiedemann, basándose en que no era apto para conducir vehículos de motor debido a su consumo de drogas.

El recurso administrativo que interpuso el interesado contra dicha medida fue desestimado por el Regierungspräsidium Tübingen (Consejo de Gobierno de Tubinga) mediante resolución denegatoria de 16 de agosto de 2004, que adquirió carácter firme el 20 de septiembre de 2004.

El 19 de septiembre de 2004, un domingo, la autoridad competente en materia de permisos de conducción de la ciudad de Karlovice (República Checa), adoptó una resolución por la que se reconoció al Sr. Wiedemann el derecho a conducir. El 1 de octubre de 2004 le expidió un permiso de conducción de la clase B en el que consta la indicación «Bad Waldsee, Alemania» como residencia del titular.

Provisto de dicho permiso, el Sr. Wiedemann circuló en Alemania, donde causó un accidente el 11 de octubre de 2004. El 16 de octubre de 2004, su permiso de conducción fue confiscado por la Jefatura de Policía de Ravensburg.

Mediante resolución del Landratsamt Ravensburg de 27 de octubre de 2004, se retiró al demandante el derecho a conducir vehículos de motor en Alemania en virtud de su permiso de conducción checo, dado que no había demostrado su aptitud para la conducción de dichos vehículos con arreglo al Derecho alemán. Dicho permiso fue devuelto a su titular después de que se hubiera estampado en él la nota «este permiso no autoriza a conducir vehículos de motor en Alemania».

Las autoridades alemanas comunicaron al Ministerio de Transportes de la República Checa que la autoridad checa competente había expedido un permiso de conducir sin tener en cuenta ni el hecho de que el Sr. Wiedemann tenía establecida su residencia habitual en Alemania ni la retirada anterior del permiso de conducir alemán del interesado por su inaptitud para conducir a causa de su consumo de drogas, por lo demás persistente.

Mediante escritos de 18 de abril de 2005 y de 10 de enero de 2006, el Ministerio de Transportes de la República Checa anunció que procedería a una comprobación de las resoluciones de las autoridades checas competentes.

Al no prosperar su reclamación administrativa contra la resolución de 27 de octubre de 2004,

el Sr. Wiedemann interpuso un recurso ante el Verwaltungsgericht Sigmaringen (Tribunal administrativo de Sigmaringen), que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) ¿Deben interpretarse los artículos 1, apartado 2, y 8, apartados 2 y 4, de la Directiva 91/439 en el sentido de que la retirada administrativa del permiso de conducción por las autoridades administrativas del Estado [miembro] de residencia por falta de aptitud para la conducción no se opone a la expedición de un permiso de conducción por otro Estado miembro y que, en principio, el Estado [miembro] de residencia debe reconocer también este permiso de conducción?

2) ¿Deben interpretarse los artículos 1, apartado 2, 7, apartado 1, letra a), y 8, apartados 2 y 4, en relación con el anexo III, de la Directiva 91/439, en el sentido de que no existe obligación alguna del Estado (miembro) de residencia de reconocer un permiso de conducción que, bien mediante maquinaciones, bien mediante la cooperación colusoria con funcionarios de la autoridad del Estado (miembro) de expedición, el titular haya obtenido, tras la retirada de su permiso de conducción en el Estado (miembro) de residencia, ocultando hechos de forma premeditada a la autoridad competente del Estado (miembro) de expedición y sin haber probado que ha recobrado la aptitud para la conducción?

3) ¿Deben interpretarse los artículos 1, apartado 2, y 8, apartados 2 y 4 de la Directiva 91/439, en el sentido de que el Estado (miembro) de residencia, tras la retirada del permiso de conducción por la autoridad administrativa, puede suspender provisionalmente un permiso de conducción expedido en otro Estado miembro o puede prohibir su utilización hasta que el Estado (miembro) de expedición decida sobre la retirada del permiso de conducción obtenido de forma fraudulenta?

(...) el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) Los artículos 1, apartado 2, 7, apartado 1, y 8, apartados 2 y 4, de la Directiva 91/439 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 ser interpretados en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las de los litigios principales, un Estado miembro deniegue el reconocimiento en su territorio del derecho a conducir resultante de un permiso de conducir expedido con posterioridad en otro Estado miembro después del período de prohibición de solicitud de un nuevo permiso impuesto al interesado, y, por lo tanto, la validez de dicho permiso, hasta que su titular no haya cumplido los requisitos exigidos en el primer Estado miembro para expedir un nuevo permiso tras dicha retirada, incluido el examen de aptitud para la conducción en el que se acredite que los motivos que justificaron dicha retirada ya no existen.

En las mismas circunstancias, dichas disposiciones no se oponen a que un Estado miembro deniegue el reconocimiento en su territorio del derecho a conducir que resulta de un permiso de conducción expedido con posterioridad por otro Estado miembro si se constata, sobre la base de las indicaciones que figuran en el propio permiso de conducción o en otras informaciones incontestables procedentes del Estado miembro de expedición, que el titular de dicho permiso, que ha sido objeto en el territorio del primer Estado miembro de una medida de retirada de un permiso anterior, no tenía su residencia habitual en el territorio del Estado miembro de expedición cuando se expidió dicho permiso.

2) Los artículos 1, apartado 2, y 8, apartados 2 y 4, de la Directiva 91/439, en su versión modificada por el Reglamento núm. 1882/2003, se oponen a que un Estado miembro que, con arreglo a dicha Directiva, está obligado a reconocer el derecho a conducir que resulta de un permiso de conducción expedido por otro Estado miembro, suspenda con carácter provisional dicho derecho mientras este

último comprueba las condiciones de expedición del mencionado permiso. En cambio, en las mismas circunstancias, dichas disposiciones no se oponen a que un Estado miembro decida la suspensión de este derecho si se desprende de las indicaciones que figuran en dicho permiso o en otras informaciones incontestables procedentes del otro Estado miembro que el requisito de residencia establecido en el artículo 7, apartado 1, letra b), de dicha Directiva no se cumplía cuando se expidió este permiso".

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 17 de julio de 2008.

Cuestión Prejudicial: C-66/08.

Ponente: Sr. Larsen.

Voz: Cooperación en materia penal: orden de detención europea.

Resumen: El Tribunal de Justicia declara que el artículo 4.6 de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea, debe interpretarse en el sentido de que una persona reclamada es "residente" del Estado miembro de ejecución si ha establecido su residencia real en éste y "habita" en él si, a raíz de una permanencia estable de cierta duración en ese Estado miembro, ha creado vínculos con ese Estado que tengan una fuerza similar a los resultantes de una residencia.

"Mediante sentencia dictada el 28 de mayo de 2002, el S d Rejonowy w Tucholi (tribunal de distrito de Tuchola) (Polonia) condenó al Sr. Kozłowski a una pena privativa de libertad de cinco meses por un delito de daños en propiedad ajena. La pena impuesta en dicha sentencia adquirió firmeza pero aún no ha sido ejecutada.

Desde el 10 de mayo de 2006, el Sr. Kozłowski cumple una pena privativa de libertad de tres años y seis meses en el centro penitenciario de Stuttgart (Alemania), que le fue impuesta mediante dos sentencias del Amtsgericht Stuttgart, de 27 de julio de 2006 y 25 de enero de 2007, por 61 delitos de estafa cometidos en Alemania.

La autoridad judicial emisora polaca solicitó, mediante una orden de detención europea emitida el 18 de abril de 2007, a la autoridad judicial de ejecución alemana, la entrega del Sr. Kozłowski con el fin de ejecutar la pena privativa de libertad de cinco meses a la que éste fue condenado por el S d Rejonowy w Tucholi.

El 5 de junio de 2007, el Amtsgericht Stuttgart oyó las observaciones del Sr. Kozłowski al respecto. Éste indicó, durante la audiencia, que no prestaba su consentimiento a la entrega a la autoridad judicial emisora polaca.

El 18 de junio de 2007, la autoridad judicial de ejecución alemana comunicó al Sr. Kozłowski que no iba a oponer ningún motivo de no ejecución. En efecto, según esta autoridad, no concurría ninguna de las causas de denegación del artículo 83.b) de la IRG y, en concreto, la persona reclamada no tenía su residencia habitual en Alemania. Las sucesivas estancias del interesado en territorio alemán se habían caracterizado por la comisión de varias infracciones, excluyendo toda actividad legal.

En consecuencia, por considerar que no era necesario efectuar una investigación sobre dónde, con quién y con qué motivo permaneció el Sr. Kozłowski en Alemania, la autoridad judicial de ejecución alemana solicitó al Oberlandesgericht Stuttgart que se autorizase la ejecución de dicha orden de detención europea.

En cuanto a la situación personal del Sr. Kozłowski, de la resolución de remisión se desprende que, según las sentencias de condena dictadas contra él en Alemania, es soltero y no tiene hijos; conoce poco, o incluso nada en absoluto, la lengua alemana; se crió y trabajó en Polonia hasta finales del año 2003, y, a continuación, percibió en este Estado miembro el subsidio de desempleo durante un año aproximadamente.

El órgano jurisdiccional remitente parte de la hipótesis de que, del mes de febrero de 2005 al 10 de mayo de 2006, fecha de su detención en Alemania, el Sr. Kozłowski permaneció de manera preponderante en territorio alemán, aunque con interrupciones en las vacaciones navideñas del año 2005 y probablemente en el mes de junio de 2005 y en los meses de febrero y marzo de 2006. Estuvo empleado ocasionalmente en el sector de la construcción, pero para lo esencial de su subsistencia recurría a actos delictivos.

Por último, el órgano jurisdiccional remitente expone que, en el marco del control efectivo al que está obligado en virtud del artículo 79, apartado 2, de la IRG, debe determinar si, a efectos del artículo 83.b), apartado 2, de la misma Ley y en la fecha en la que se solicitó la entrega, la «residencia habitual» del Sr. Kozłowski se situaba en territorio alemán y si así sigue siendo. En el caso de que la respuesta a esta cuestión sea negativa, dicho órgano jurisdiccional tendría que autorizar la ejecución de la orden de detención europea en virtud del Derecho alemán, ya que concurren todos los demás requisitos que éste exige.

En estas circunstancias, el Oberlandesgericht Stuttgart decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) ¿Destruye la presunción de que una persona «habita» o es «residente» en un Estado miembro (de ejecución), a efectos del artículo 4, número 6, de la Decisión marco (...), el hecho de que la persona de que se trate:

a) no permanezca ininterrumpidamente en el Estado miembro (de ejecución);

b) no permanezca en él legalmente de conformidad con la normativa nacional relativa a la entrada y residencia de extranjeros;

c) se dedique a cometer en él actos delictivos, y/o

d) se encuentre en él en prisión con el fin de cumplir una pena privativa de libertad?

2) ¿Es compatible con el Derecho de la Unión, especialmente con los principios fundamentales de no discriminación y de ciudadanía de la Unión en virtud del artículo 6 UE, apartado 1, en relación con los artículos 12 CE, 17 CE y siguientes, una normativa nacional de adaptación del Derecho interno al artículo 4, número 6, de la Decisión marco, según la cual es ilegal, sin excepción alguna, entregar contra su voluntad a los propios nacionales de un Estado miembro (de ejecución) para la ejecución de condenas penales, pero que, en cambio, permite la entrega de nacionales de otros Estados miembros contra su propia voluntad a discreción de las autoridades? De ser compatible, ¿han de respetarse los citados principios al menos en el ejercicio de la facultad discrecional?

(...) el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 4, número 6, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, debe interpretarse en el sentido de que:

– una persona reclamada es «residente» del Estado miembro de ejecución si ha establecido su residencia real en éste y «habita» en él si, a raíz de una permanencia estable de cierta duración en ese Estado miembro, ha creado vínculos con ese Estado que tengan una fuerza similar a los resultantes de una residencia;

– para determinar si existen entre la persona reclamada y el Estado miembro de ejecución vínculos que permitan considerar que esa persona «habita» en él en el sentido de dicho artículo 4, número 6, corresponde a la autoridad judicial de ejecución efectuar una apreciación global de varios de los elementos objetivos que caracterizan la situación de esa persona, entre los que figuran, en particular, la duración, la naturaleza y las condiciones de perma-

nencia de la persona reclamada, así como los lazos familiares y económicos que mantenga esa persona con el Estado miembro de ejecución".

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Fecha: 17 de julio de 2008.
Cuestión Prejudicial: C-94/07.
Ponente: Sr. Levits.
Voz: Beca para tesis doctoral: contrato de trabajo.
Resumen: El Tribunal de Justicia declara que un investigador que esté preparando una tesis doctoral con una beca concedida por una ONG de utilidad pública, sólo deberá ser considerado como un trabajador, si su actividad se hubiese desarrollado durante un cierto tiempo, bajo la dirección de un instituto perteneciente a dicha asociación y si percibiese una retribución como contrapartida de la referida actividad.

"La MPG se constituyó con arreglo al Derecho privado alemán, bajo la forma de una asociación de utilidad pública. Gestiona, tanto en Alemania como en otros Estados europeos, numerosos centros de investigación científica.

Estos centros de investigación, denominados «Institutos Max-Planck», realizan, en interés de la colectividad, distintas investigaciones fundamentales en el ámbito de las ciencias de la naturaleza, la biología, las ciencias humanas y las ciencias sociales.

La MPG utiliza dos métodos de promoción de jóvenes investigadores, en cuyo marco éstos pueden, en particular, redactar sus tesis, a saber, la beca y el contrato de trabajo.

Las dos modalidades de apoyo a los doctorandos difieren principalmente por el hecho de que:

– el becario no tiene ninguna obligación de desarrollar una actividad laboral para el instituto de que se trata, sino que puede dedicarse exclusivamente a las actividades inherentes a su tesis, en tanto que

– el titular de un contrato relativo a un semi-puesto BAT II a tiene una obligación laboral frente al instituto que lo emplea y sólo puede utilizar las instalaciones de éste para su tesis fuera de su jornada laboral.

Además, ambos tipos de contratos se distinguen asimismo desde el punto de vista de las obligaciones tributarias de los contratantes y de la afiliación al régimen de seguridad social de estos últimos.

De esta forma, los titulares de una beca están exentos del impuesto sobre la renta y no están afiliados al régimen de la seguridad social. Por el contrario, los investigadores que sean titulares de un semi-puesto BAT II a están sujetos al referido impuesto y deberán pagar las cotizaciones a la seguridad social correspondientes a su puesto de trabajo.

Durante el período comprendido entre el 7 de febrero y el 31 de julio de 2003, el Sr. Raccanelli, de nacionalidad italiana, trabajó en el MPI mientras redactaba una tesis doctoral. Sus actividades se basaban en un escrito del MPI de 7 de febrero de 2000, que él mismo había firmado.

En el citado escrito, el MPI le concedió una beca mensual para el período comprendido entre el 7 de febrero de 2000 y el 6 de febrero de 2002, con el fin de permitirle preparar un doctorado en Alemania y en el extranjero sobre el tema «Desarrollo de una cámara bolométrica para longitudes de onda inferiores a 300 µm».

El referido escrito está redactado en los siguientes términos:

«La aceptación de la beca le obliga a dedicarse plenamente al objetivo de la beca. Cualquier otra actividad requerirá la autorización previa de la Dirección del Instituto.

La beca constituye un subsidio para el sustento personal y no una contraprestación por la actividad científica.

La aceptación de la beca no le obliga a realizar ninguna actividad laboral para la Max-Planck-Gesellschaft. Por lo tanto, con arreglo al artículo 3, número 44, de la Einkommensteuergesetz (Ley alemana del impuesto sobre la renta), la beca está exenta del pago del impuesto sobre la renta y, con arreglo al artículo 6, número 22, del Lohnsteuerdurchführungsverordnung (Reglamento de ejecución de la Ley del impuesto sobre el salario), está exenta del impuesto sobre el salario y, en consecuencia, también exenta de las cotizaciones a la Seguridad Social».

Mediante un contrato adicional a su «contrato de doctorando» de 29 de noviembre de 2001, se prorrogó este último hasta el 6 de agosto de 2002, y posteriormente hasta el 6 de mayo de 2003. Para el período comprendido entre el 7 de mayo y el 31 de julio de 2003, las partes concertaron un acuerdo el 19 de mayo de 2003, que está redactado en los siguientes términos:

«El Sr. Raccanelli permanecerá como invitado en nuestro Instituto desde el 7 de mayo hasta el 31 de julio de 2003. El Instituto pondrá a su disposición un puesto de trabajo adecuado y será atendido por sus empleados.

Las demás instalaciones del centro quedan también a su disposición con arreglo al Reglamento del Instituto y sus disposiciones derivadas. El Sr. Raccanelli se compromete a respetar estas disposiciones.

La estancia como invitado no constituye ninguna relación laboral, y no procederá el pago de retribución alguna.

(...)».

El Sr. Raccanelli interpuso un recurso ante el Arbeitsgericht Bonn con la finalidad principal de instar a este último a declarar que había existido entre él y la MPG una relación laboral durante el período comprendido entre el 7 de febrero de 2000 y el 31 de julio de 2003.

El Sr. Raccanelli afirma haber sido objeto, durante el citado período, de un trato equivalente al de los doctorandos alemanes que eran titulares de un contrato de trabajo de un semipuesto BAT II a y para los cuales se hallaban reservados tales contratos que, en su opinión, conllevaban en particular, el disfrute de la afiliación al régimen de la seguridad social.

La MPG rechazó las citadas alegaciones.

Sin pronunciarse acerca de los aspectos fácticos de la relación contractual existente entre ambas partes durante el citado período, el órgano jurisdiccional remitente partió del principio de que el grado de dependencia personal del Sr. Raccanelli frente al MPI no podía bastar para reconocer la existencia de una relación laboral entre estos últimos.

El referido órgano jurisdiccional se preguntó si la MPG se hallaba vinculada por el principio de no discriminación como si se tratase de un organismo de Derecho público, habida cuenta del hecho de hallarse constituida bajo la forma de una asociación de Derecho privado.

En estas circunstancias, el Arbeitsgericht Bonn decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

1) ¿Debe considerarse al demandante trabajador con arreglo al concepto europeo de trabajador, cuando, al igual que a los doctorandos con contrato de trabajo conforme al BAT/II, se le destina a funciones que no son prestaciones laborales?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 7 del Reglamento

(...) núm. 1612/68 (...) en el sentido de que sólo puede negarse que exista una discriminación si al demandante se le concedió al menos el derecho a elegir entre un contrato de trabajo y una beca antes del inicio de su doctorado en la demandada?

3) En caso de que se responda a la segunda cuestión en el sentido de que hubiera debido concederse al demandante la posibilidad de celebrar un contrato de trabajo, ¿qué consecuencias se derivan de una discriminación por razón de la nacionalidad?

(...) el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

1) Un investigador que se halle en una situación como la del demandante en el procedimiento principal, es decir preparando una tesis doctoral con una beca concedida por la Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV, sólo deberá ser considerado como un trabajador a efectos del artículo 39 CE si su actividad se hubiese desarrollado durante un cierto tiempo, bajo la dirección de un instituto perteneciente a dicha asociación y si percibiese una retribución, como contrapartida de la referida actividad. Corresponde al órgano jurisdiccional de remisión llevar a cabo las comprobaciones de hecho necesarias para apreciar si esto es lo que ocurre en el asunto del que está ahora conociendo.

2) Una asociación regida por el Derecho privado, como la Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV, debe respetar, frente a los trabajadores, el principio de no discriminación, con arreglo al artículo 39 CE. Corresponde al órgano jurisdiccional de remisión determinar si se ha producido una desigualdad de trato entre los doctorandos nacionales y extranjeros, en unas circunstancias como las del asunto principal.

3) En el supuesto de que el demandante en el procedimiento principal pueda alegar fundadamente un perjuicio ocasionado por la discriminación de que haya sido objeto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente dilucidar, a la vista de la legislación nacional aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, la índole de la reparación a la que pueda tener derecho".

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Fecha: 11 de septiembre de 2008.
Cuestión Prejudicial: C-228/07.
Ponente: Sr. Caoimh.
Voz: Prestación por desempleo: requisito de residencia.
Resumen: El Tribunal señala que la normativa comunitaria se opone a que un Estado miembro supedite la concesión de una prestación de desempleo al requisito de que sus beneficiarios tengan su residencia en el territorio de ese Estado, en la medida en que dicho Estado no haya aportado ningún elemento que demuestre que tal requisito está objetivamente justificado y es proporcionado.

"El Sr. Petersen, nacional alemán, ejerció una actividad por cuenta ajena en Austria. El 14 de abril de 2000, solicitó la concesión de una pensión de invalidez con arreglo al régimen obligatorio de pensiones ante el organismo austriaco de gestión del seguro de pensión. Al serle denegada dicha solicitud, interpuso un recurso contra esta resolución.

Mientras se sustanciaba el procedimiento judicial, el Arbeitsmarktservice concedió al Sr. Petersen un anticipo en virtud del artículo 23 de la AlVG. El Sr. Petersen, que en aquel momento todavía residía en Austria y proyectaba trasladar su domicilio a Alemania, solicitó al Arbeitsmarktservice que continuase pagándole esa prestación después del traslado.

El 28 de octubre de 2003, el Arbeitsmarktservice desestimó dicha solicitud. El Sr. Petersen interpuso un recurso contra esta resolución ante el Verwaltungsgerichtshof.

En su resolución, el órgano jurisdiccional remitente observa que el carácter exportable de la prestación

objeto del procedimiento principal depende de su calificación como «prestación de desempleo» o «prestación de invalidez» en el sentido del artículo 4, apartado 1, del Reglamento 1408/71, puesto que el artículo 10, apartado 1, de dicho Reglamento prevé la exportabilidad de la segunda, mientras que el artículo 69 de ese mismo Reglamento restringe la de la primera a un supuesto específico que no es pertinente en el procedimiento principal.

Ahora bien, según dicho órgano jurisdiccional, la prestación que es objeto del procedimiento principal contiene elementos de ambas prestaciones. El Verwaltungsgerichtshof señala, en efecto, que, por una parte, se paga con fondos del seguro de desempleo y presupone que el solicitante se encuentre en situación de desempleo y cumpla el período de carencia correspondiente al seguro de desempleo. Por otra parte, dicha prestación se incluye entre las prestaciones del régimen obligatorio de pensiones o prestaciones por accidente y su concesión no está supeditada a la condición de que el solicitante tenga capacidad para trabajar, se encuentre disponible y tenga voluntad de trabajar. Estos dos últimos elementos diferencian, según él, el asunto principal del que dio lugar a la sentencia de 2 de agosto de 1993, Acciardi (...), en la que el Tribunal de Justicia declaró que una prestación destinada a los desempleados afectados por una incapacidad laboral parcial que toma el relevo de la prestación por desempleo constituye una «prestación por desempleo» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra g), del Reglamento núm. 1408/71.

Según el órgano jurisdiccional remitente, si la prestación objeto del procedimiento principal se considerase una «prestación por desempleo» en el sentido de dicha disposición, se plantearía la cuestión de si la suspensión del derecho a las prestaciones en caso de residencia en el extranjero es compatible con el artículo 39 CE, tanto más cuanto que, contrariamente al supuesto contemplado en el artículo 69 del Reglamento núm. 1408/71, no se impone control alguno por el Arbeismarktservice de la voluntad de ocupar un puesto de trabajo, ni en Austria ni en ningún otro Estado miembro.

En tales circunstancias, el Verwaltungsgerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

1) ¿Constituye una prestación de desempleo en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra g), del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, o una prestación de invalidez del artículo 4, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento, una ayuda en metálico del seguro de desempleo a los desempleados que hayan solicitado una prestación por incapacidad laboral total o parcial, en virtud del régimen obligatorio de pensiones o prestaciones por accidente, hasta que se resuelva sobre su solicitud, devengada en concepto de anticipo de la prestación solicitada, con la que se compensa posteriormente, cuando dicho anticipo implica una situación de desempleo y el cumplimiento de un período de carencia, pero no los requisitos generalmente exigidos para el otorgamiento de la prestación por desempleo (capacidad para el trabajo, voluntad de trabajar y disposición para trabajar) y, por lo demás, sólo se concede cuando, por las circunstancias concurrentes, sea previsible el reconocimiento de las prestaciones en virtud del régimen obligatorio de pensiones o de prestaciones por accidente?

2) Si se responde a la cuestión anterior que la prestación mencionada es una prestación de desempleo en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra g), del Reglamento núm. 1408/71:

¿Se opondría el artículo 39 CE a una norma nacional que prescribe la suspensión del derecho a tal prestación, porque el desempleado reside en el extran-

jero (en otro Estado miembro), al margen de una prórroga de hasta tres meses acordada solamente a instancia del desempleado, siempre que las circunstancias sean dignas de consideración?

(...) el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) Una prestación como la que es objeto del procedimiento principal debe considerarse una «prestación de desempleo» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra g), del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996.

2) El artículo 39 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro supedite la concesión de una prestación como la que es objeto del procedimiento principal, que debe considerarse una «prestación de desempleo» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra g), del Reglamento núm. 1408/71, al requisito de que sus beneficiarios tengan su residencia en el territorio de ese Estado, en la medida en que dicho Estado no haya aportado ningún elemento que demuestre que tal requisito está objetivamente justificado y es proporcionado".

II

Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería

César Tolosa Tribiño

Presidente del TSJ de Cantabria
(C.tolosa@justicia.mju.es)

SUMARIO

I. Medidas cautelares en materia de extranjería.

II. Cuestiones relativas al procedimiento. A) Reglas de determinación de la competencia territorial. B) Alegación de incompetencia: firma de la resolución por secretario general de la delegación del gobierno. C) Acuerdo de incoación de expediente de expulsión: acto de trámite. D) Ausencia del trámite de la notificación de la propuesta de resolución. E) Caducidad del procedimiento sancionador. F) Domicilio a efectos de notificación de la resolución de expulsión. G) Incidencia de la existencia de causa penal en procedimiento de expulsión.

III. La motivación de las resoluciones de expulsión. A) Criterio antiformalista. B) Motivación legitimadora de la medida de expulsión. C) Sobre la posible inconstitucionalidad de la regulación legal.

IV. El problema de la postulación ante los órganos unipersonales.

I. MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Bajo la vigencia de la Ley jurisdiccional de 1956 , la tutela cautelar venía caracterizada por las siguientes notas que de forma constante aparecían en las decisiones de los Tribunales: a) la consideración de la suspensión de los actos administrativos como una excepción al principio general de la ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones de la Administración, por lo que su adopción ostentaba un carácter excepcional ; b) la tendencia a excluir la suspensión cautelar de la ejecución inmediata del acto o disposición objeto del recurso en aquellos casos en que los daños o perjuicios que ésta podía ocasionar eran valorables y, consecuentemente, reparables económicamente; c) la interpretación restrictiva de la posibilidad de suspensión fundada en la aparente nulidad de pleno derecho del acto o disposición impugnados, esto es la aplicación excepcional de la doctrina de la apariencia del buen derecho; d) la improcedencia de la suspensión de actos de contenido negativo, y, en fin, e) la inadmisibilidad de medidas cautelares distintas de la suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso, es decir, de medidas cautelares positivas.

Este estado de cosas provocaba opiniones doctrinales, como la de GARCÍA DE ENTERRÍA cuando afirmaba en su libro *La batalla por las medidas cautelares* que:

> "hasta hace muy poco (...) el carácter necesariamente ejecutorio de las decisiones administrativas se consideraba un rasgo esencial (...) del Derecho Administrativo (...), de modo que la suspensión cautelar de tales decisiones era una posibilidad excepcional y en la práctica remotísima".

La doctrina jurisprudencial sufre un cambio de dirección importante, a partir de dos Autos fundamentales tanto en la configuración de la doctrina jurisprudencial de la última década, como, sobre todo, en el modelo de justicia cautelar adoptado por la Ley de 1998.

En estos Autos, los de 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991, el Tribunal Supremo establece una nueva doctrina que gira alrededor de tres ideas fundamentales: en primer lugar, la afirmación de que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24.1 de la Constitución, implica el derecho a una tutela cautelar; en segundo lugar, la afirmación de que dicha tutela debe otorgarse a quien exhiba en sus pretensiones de fondo una "apariencia de buen derecho" (afirmación del principio del *fumus boni iuris* como criterio decisivo para el otorgamiento de las medidas cautelares); y, en tercer lugar, la afirmación de que el derecho fundamental a la tutela cautelar entraña la admisibilidad general de cualesquiera medidas (no sólo suspensivas, sino también positivas) que, según las circunstancias, sean necesarias para asegurar la plena efectividad de la sentencia de fondo que, en su caso, pueda recaer en el proceso principal, entendiendo por medidas cautelares positivas, aquellas que no se limitan a conservar el *status quo* precedente a la actuación administrativa impugnada, sino que constituyen provisionalmente una situación nueva, que puede coincidir, en todo o en parte, con las pretensiones principales de las partes o imponer obligaciones de hacer o de abstenerse a la Administración.

No sólo la jurisprudencia del Tribunal Supremo va a ser decisiva en la nueva configuración de la justicia cautelar, sino que, el propio Tribunal Constitucional, vino sentando una doctrina acerca de la inserción de la misma en el seno del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que va a ser determinante, tanto en las decisiones de los Tribunales, como en el modelo del nuevo sistema introducido por el legislador y actualmente vigente.

A estos efectos es necesario hacer referencia a dos sentencias fundamentales, de un lado la STC 238/1992, de 17 de diciembre, y de otro, la Sentencia 148/1993, de 29 de abril. En estas sentencias se proclaman las tres ideas básicas a que antes hacíamos referencia.

En primer lugar se afirma que la justicia cautelar se integra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la CE, afirmando la primera de las sentencias citadas en su FJ 3.º que:

> "La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento del órgano judicial; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irrever-

> sible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento".

Esta relación de la justicia cautelar con el derecho a la tutela judicial efectiva, pasará a ser una constante en la doctrina del Tribunal Supremo en materia de adopción de medidas cautelares, si bien y frente a interpretaciones extensivas, el citado tribunal, se ha visto obligado a aclarar en sentencia de 9 de diciembre de 2002 que "por lo que se refiere al derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 de la Constitución, es bien sabido que éste queda satisfecho, en la materia ahora concernida, desde el momento en que se posibilita el sometimiento de la pretensión cautelar al conocimiento de los órganos judiciales y se obtiene de éstos una respuesta fundada en derecho; de tal suerte que aquella satisfacción, en sí misma, no queda subordinada al acierto o desacierto hipotético de la respuesta obtenida. En otras palabras, una vez producida la respuesta fundada en derecho, el eventual precepto infringido no sería el artículo 24 de la Constitución, sino el que establece el criterio material determinante del acierto o desacierto en la respuesta", recogiendo así la doctrina de la STC 66/1984, al afirmar que "El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Juez y que éste, con la información y contradicción que sea menester, resuelva sobre la suspensión".

Este mismo derecho se encuentra reconocido en el ordenamiento comunitario por el principio general al que se alude en la Sentencia *Factortame* del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de julio de 1990, principio que se resume en la frase: "la necesidad del proceso para obtener la razón no ha de convertirse en un daño para el que tiene razón".

En segundo lugar el Tribunal Constitucional admite, como parámetro para acordar la adopción de la medida cautelar, el principio de la apariencia de buen derecho, si bien tal admisión no supone la aceptación plena del criterio del *fumus boni iuris,* como único criterio para acordar la, entonces, suspensión del acto administrativo impugnado. En efecto, el TC, en su Sentencia 148/1993, afirma en su FJ 5.º que:

> "Aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitado en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del recurso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*), y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general (...) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada".

Atendiendo al contenido de la citada sentencia, es de destacar cómo el *fumus* se integra con otros parámetros de necesaria valoración para la adopción de la medida cautelar, posicionándose en el debate acerca de la posibilidad, defendida por parte de la doctrina y por algunos pronunciamientos jurisprudenciales, que defendían la posibilidad de acordar la adopción de la medida cautelar con fundamento exclusivo en la apariencia de buen derecho.

Por fin en el FJ 6.º de la STC 148/1993, dedicado a enjuiciar el Auto del Tribunal Supremo que había revocado la medida cautelar adoptada por la Sala de Sevilla en el caso de la fijación de los

servicios mínimos para la huelga general del 14 de diciembre de 1988, afirma que, admitiendo la posibilidad de adoptar medidas cautelares distintas de la suspensión de la ejecutividad del acto, incluidas las medidas positivas que:

> "Más que terciar en el debate de si se produjo una suspensión parcial o en realidad una modificación de las disposiciones impugnadas, importa destacar que la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser la adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue, y aquí parece incuestionable que la acordada era idónea para no frustrar la efectividad de la Sentencia final y salvaguardaba al propio tiempo el interés general involucrado".

Sentado lo anterior, de forma sintética pueden citarse los criterios generales que para la adopción de las medidas cautelares vienen exigiendo nuestros Tribunales, criterios que posteriormente encuentran su plasmación en los supuestos de procesos de extranjería. Los citados criterios son los siguientes:

a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto.

c) El carácter prevalente del criterio del *periculum in mora*. Conforme al artículo 130.1 de la LJCA:

> "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

d) El criterio de la ponderación de intereses, tanto generales como de terceros. Conforme al artículo 130.2 de la LJCA, la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

e) La aplicación de la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), doctrina que permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

Respecto de la concreta aplicación de estos criterios a los supuestos de extranjería, ha de señalarse que:

a) El criterio general de la concurrencia del arriago: En este sentido, la STS de 24 de noviembre de 2004, sienta la doctrina general al afirmar que:

> "Se declara con carácter general que el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecu-

> tividad 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, la finalidad legítima del recurso, en el sentido en que este concepto jurídico indeterminado es utilizado en la norma recogida en el artículo 130.1 de la actual Ley de la Jurisdicción".

El problema que plantea esta doctrina de uso habitual por el conjunto de los Tribunales es el de definir con un cierto grado de certeza qué ha de entenderse por arraigo.

El artículo 41.2.d) del Reglamento 864/01, contenía una referencia al arraigo, reputando como tal "la incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles." Por su parte la Resolución de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, de 8 de junio de 2001 (aclarada por otra posterior de 15 de junio), lo definía de la siguiente forma:

> "Acreditar una situación de arraigo en nuestro país, considerando como tal la incorporación real o potencial al mercado de trabajo, la anterior residencia regular en España, o la existencia de vínculos con extranjeros residentes o con españoles".

A este respecto y acerca de las dudas que puede plantear el valor de este tipo de Resoluciones o Instrucciones emanadas de la Autoridad administrativa la STS de 31 de enero de 2008 dispone que:

> "como hemos declarado con reiteración, ni esas Notas Informativas tienen valor de norma (aunque sólo fuera porque no se publicaron en el BOE) ni puede limitar las facultades interpretativas de las normas que aquéllos tienen. Sin embargo, ello no significa que carezcan de valor alguno, sobre todo habida cuenta que los criterios expuestos por la Administración en esa Nota Informativa han sido llevados a los mismos formularios que la Administración proporciona a los interesados. La seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) y la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) no permite a la Administración hacer pública una determinada interpretación de las normas que favorece a los interesados y despreciarla después. Y los Jueces y Tribunales deben tener en cuenta esta circunstancia, para que no sufran los principios de buena fe y confianza legítima".

b) La nula relevancia del ejercicio del derecho de defensa: La STS de 20 de diciembre de 2007 establece que:

> "Las dificultades de defenderse en el proceso para los extranjeros obligados a salir del territorio español no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión de la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación a abandonar dicho territorio, porque, de lo contrario, la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática, lo que no se compadece con el principio de eficacia administrativa".

c) La existencia de un proceso de regularización: Según la STS de 7 de febrero de 2008:

> "No cabe ejecutar la orden de expulsión cuando está pendiente de resolución un procedimiento de regularización".

e) El problema de la carga de la prueba: Según la STS de 30 de octubre de 2005:

> "sobre la parte que solicita la medida cautelar pesa la carga procesal de aportar datos, documentos, elementos de juicio, en suma, que estando a su disposición puedan ser valorados, cuando menos, como indicios de aquello que alega (en este caso, del hipotético arraigo en nuestro país por causas de índole familiar o social o económicas).
>
> Sólo si así lo hace, podrá el órgano judicial proceder a una circunstanciada valoración de todos los intereses en conflicto, tal y como le exige el artículo 130.1 de la Ley de la Jurisdicción. Y si no lo hace, estará de más hablar de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues es su actitud y no una situación de indefensión a él no achacable, la que habrá determinado la decisión judicial".

Una cuestión importante es la relativa a la posibilidad de ejecución de los actos administrativos en materia de extranjería, en los supuestos en los que la parte interesada ha solicitado la suspensión de la ejecutividad del acto, tanto en vía administrativa, como jurisdiccional.

Conforme establece el artículo 94 de la LRJPAC:

> "Los actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivas, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición legal establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior".

Nos encontramos ante una manifestación de la denominada "autotutela administrativa", esto es, a la caracterización de la Administración en el ordenamiento jurídico español revestida de la doble manifestación de la ejecutividad de los actos administrativos y la ejecución forzosa por la propia Administración.

La cuestión de la ejecutividad puede caracterizarse de la siguiente forma: A) El intérprete supremo de la Constitución ha considerado constitucionalmente admisible que la Administración ostente una posición privilegiada y distinta de la de los sujetos de Derecho Común, en virtud de los fines constitucionales que aquélla tiene encomendados. B) El fundamento de la potestad administrativa de ejecución forzosa de sus actos se encuentra en la presunción *iuris tantum* de legalidad y en el principio de eficacia de la actividad administrativa (STS de 30 de mayo de 2000). C) La potestad de autotutela no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. (STSJ de La Rioja de 8 de octubre de 2001). D) La ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos no es contraria al derecho a la presunción de inocencia, ni vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley.

Son muchos los problemas que ha planteado la compatibilidad de la ejecutoriedad de los actos administrativos sancionadores con el principio de tutela judicial efectiva. La STC 66/1984 señalaba que la ejecución de los actos administrativos exigía su previa firmeza, pues en otro caso, si se ejecutase antes de tal firmeza, la tutela judicial efectiva ya no sería plena, real y efectiva. Hecha esta salvedad, la sentencia concluía afirmando que "la ejecutividad de los actos sancionadores no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva", para terminar señalando que "El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad

pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión".

En el mismo sentido se pronuncia la STC 341/1993, de 8 de noviembre, cuando en relación con el artículo 38 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana afirma que dicho precepto "se limita a afirmar la ejecutividad de las sanciones impuestas en aplicación de la propia Ley, una vez sean firmes en vía administrativa, y es del todo claro que esta previsión legal en nada impide, dificulta o condiciona el posible recurso jurisdiccional contra el acto de sanción ni en nada menoscaba, tampoco, la posibilidad de solicitar y de obtener de los Tribunales la suspensión cautelar del acto impugnado" concluyendo que la ejecutividad no es contraria a la Constitución "orientada como ha de estar la actuación administrativa por el principio, entre otros de eficacia y que la garantía de una tutela judicial efectiva y de una también plena sujección de lo actuado por la Administración al control judicial se alcanzan, de modo suficiente y compatible con aquella eficacia, cuando la Ley hace posible que se someta a la consideración de los Tribunales la suspensión del acto impugnado".

Para concluir la STC 78/1996, de 20 de mayo, señala que:

> "La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del artículo 24.1 de la Constitución, ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición, pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irresponsablemente la decisión del proceso causando una real indefensión. En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica".

Consecuentemente con la doctrina constitucional expuesta puede concluirse en primer lugar que la ejecutoriedad de las sanciones administrativas exige, por un lado su firmeza en vía administrativa y, por otro, que la ejecución no se lleve a efecto si se ha solicitado la suspensión de su ejecutividad, hasta que haya podido recaer un pronunciamiento del órgano judicial competente.

Trasladando esta cuestión al ámbito de la extranjería, es de destacar el contenido de la STS de 28 de febrero de 2006, en la que se sienta una importante doctrina en relación con las resoluciones de denegación de entrada y retorno, al tiempo que se clarifica la cuestión en lo referente a las órdenes de expulsión.

La citada sentencia afirma que:

> "debe anotarse que a diferencia de los casos de expulsión (en que la Ley Orgánica 4/2000, reformado por la LO 8/2000, establece en el procedimiento preferente que «la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata», (artículo 63.4), precepto del que la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, casación núm. 488/01, ha derivado la conformidad a Derecho del artículo 112.6 del Reglamento de dicha Ley aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio, que dispone la «Improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo

alguno» de la resolución de expulsión), repetimos, a diferencia de los casos de expulsión, en los supuestos de denegación de entrada y retorno, lo que el artículo 60.1 de la Ley establece es que el retorno se realizará «en el plazo más breve posible», sin que de aquí pueda ya deducirse que no quepa solicitar la suspensión y que la Administración haya de resolver sobre ella; y, en efecto, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, no la prohíbe, limitándose a repetir en su artículo 137.3 el tenor de la Ley, en lo que aquí importa.

El «plazo más breve posible» para llevar a cabo el retorno es el de setenta y dos horas (artículos 60.1 de la Ley y 137.3 del Reglamento), ya que una tardanza mayor exige la comunicación al Juez de Instrucción para que determine el lugar de internamiento.

Por lo tanto, podemos deducir de lo dicho que en los casos de denegación de entrada y retorno, cabe la suspensión de su ejecución, pues no existe en las normas sectoriales precepto que la prohíba, y debe acudirse entonces a la regla general del artículo 111.2 de la Ley 30/1992.

Ahora bien, el artículo 137.6 del Reglamento 864/2001, de 20 de julio, dispone que «la resolución de retorno no agota la vía administrativa y será recurrible con arreglo a lo dispuesto en las leyes», lo que se reitera en su disposición adicional 6.ª.

Esta previsión remite al artículo 114.1 de la Ley 30/1992, que prevé, para poner fin a la vía administrativa, la interposición del recurso de alzada, en el plazo de un mes (artículo 115.1).

El establecimiento del plazo de un mes para recurrir en alzada la denegación de entrada y retorno y para pedir en él la suspensión (artículo 111.2 de la Ley 30/1992), es contrario a la ejecución del retorno en «el plazo más breve posible», como ordena el artículo 60.1 de la Ley Orgánica 8/2000, (y obstaculiza el acceso inmediato a los Jueces y Tribunales para solicitar la suspensión judicial de la resolución administrativa, aspecto éste sobre el que nada dice la parte recurrente).

Y la única manera de compaginar ambos preceptos es interpretándolos en el sentido de que si antes de ejecutarse el retorno el interesado solicita la suspensión del acto administrativo interponiendo recurso de alzada, no podrá llevarse a cabo el retorno sin que la Administración haya resuelto previamente sobre la suspensión.

Interpretándolos así, tales preceptos permiten compaginar la urgencia del retorno con la posibilidad de que se solicite la suspensión y se decida sobre ella".

Al analizar esta sentencia conviene tener en cuenta que las referencias normativas en ella contenida deben entenderse hoy realizadas a los actuales artículos 120, 156 y 156.6 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre.

Una última cuestión a tratar, en materia de medidas cautelares, es la referente a la posibilidad de acordar la suspensión de una orden de expulsión, cuando ya ha sido ejecutada. La STS de 18 de julio de 1996 apuntaba que "es clara y reiterada la doctrina de esta Sala en orden a la imposibilidad de aplicar la medida de suspensión respecto a los actos ya ejecutados.... ya que la esencia de la medida cautelar de suspensión de la ejecución pugna con la ya ejecución del acto a que se refiere, al carecer de sentido suspender algo que está ejecutado". Sin embargo, esta línea jurisprudencial ha sido corregida por SSTS como la de 10 de julio de 2000, donde se concluye que "si la suspensión llegare a otorgarse produciría un efecto cautelar nada deleznable, puesto que el acto impugnado en el proceso principal tiene un doble contenido: la orden de expulsión –ya ejecutada, según nos dice el recurrente– y la prohibición de entrar en territorio nacional español durante tres años. Es este segundo aspecto el que podría ser corregido con el eventual otorgamiento de la suspensión solicitada".

Este criterio vuelve a ser reiterado por la reciente Sentencia de 7 de febrero de 2008, la cual aclara que:

> "No se desvirtúa la conclusión estimatoria que hemos alcanzado por el hecho de que (siempre a tenor de la información que suministró el mismo recurrente en su recurso de súplica, no desmentida ni contradicha por la parte contraria), la solicitud de permiso de residencia y trabajo que estaba pendiente de resolución al tiempo de acordarse la expulsión fue finalmente denegada por la Administración, antes de que la Sala de instancia dictara su Auto de 10 de octubre de 2003.
>
> Este dato, decimos, no desvirtúa nuestra conclusión estimatoria del presente recurso de casación, ante todo porque no consta la firmeza de esa denegación al tiempo de la resolución del Tribunal *a quo,* y en todo caso subsiste el hecho de que la ejecución de la orden de expulsión, antes de que la Sala de instancia se hubiera pronunciado sobre la medida cautelar solicitada, fue contraria a Derecho, y esta declaración pudiera surtir efectos favorables para el interesado, por ejemplo, de cara a la tramitación y decisión sobre su segunda solicitud de permiso de trabajo y residencia".

II. CUESTIONES RELATIVAS AL PROCEDIMIENTO

A) Reglas de determinación de la competencia territorial

En la STS de 8 de febrero de 2008, el Tribunal resuelve la cuestión de competencia negativa trabada entre los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de Logroño y Valencia para conocer del recurso contencioso-administrativo planteado contra una Resolución del Delegado del Gobierno en La Rioja, que impone la sanción de expulsión del territorio español, con la consiguiente prohibición de entrada en territorio nacional. Declara la Sala que la competencia corresponde al Juzgado de Valencia, ante el que se interpuso el recurso y donde el recurrente tiene su domicilio, como expresamente indicó en el escrito de interposición.

La sentencia establece que:

> "Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal (por todas, Sentencia de 17 de marzo de 2004), dictada en relación con el fuero electivo que regula el artículo 14.1 regla segunda de la Ley de esta Jurisdicción, que cuando se trata de recursos contra actos de las Entidades Locales o de las Comunidades Autónomas, el expresado fuero electivo debe entenderse referido a los órganos jurisdiccionales sitos en la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en la que se halle también la sede del órgano autor del acto originariamente impugnado. Ahora bien, esta doctrina jurisprudencial, que pudiera haber sido tenida en cuenta por el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 4 de Valencia, no es aplicable en el supuesto de que ahora se trata, pues en éste, como resulta de lo ya expuesto, no se impugnan actos dictados por órganos integrados en la Administración de una Comunidad Autónoma, sino actos emanados de órganos territoriales, que integran la Administración periférica, de la Administración General del Estado. Siendo esto así, y al aplicarse la antes referida regla segunda del artículo 14.1 de la Ley de esta Jurisdicción al caso que se enjuicia, sin la limitación a la que antes se ha aludido, la competencia discutida corresponde al expresado Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 4 de Valencia, ante el que se ha interpuesto el recurso y donde el recurrente tiene su domicilio, como expresamente se indicó en el escrito de interposición".

Es importante a este respecto la diferenciación que se contiene en esta sentencia a los efectos de aplicación de las reglas de competencia contenidas en el artículo 14 de la Ley de la Jurisdicción, entre actos emanados de la Administración del Estado y los emanados de la Administración Autonómica y Local.

El citado artículo 14 establece que:

> "1. La competencia territorial de los Juzgados y de los Tribunales Superiores de Justicia se determinará conforme a las siguientes reglas:
>
> Primera. Con carácter general, será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado.
>
> Segunda. Cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones públicas en materia de personal, propiedades especiales y sanciones será competente, a elección del demandante, el Juzgado o el Tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado.
>
> Esta segunda regla es la aplicada en la sentencia comentada, siendo de destacar la necesidad de justificar adecuadamente el lugar del domicilio, a efectos de la correcta utilización del fuero electivo".

B) Alegación de incompetencia: firma de la resolución por secretario general de la delegación del gobierno

La competencia puede definirse como el conjunto de funciones atribuidas por el ordenamiento a un órgano o a una entidad. En rigor, la competencia es la medida de la potestad atribuida al órgano y en este sentido es una consecuencia necesaria del principio de legalidad que consagra el artículo 9.3 de la Constitución.

Es también uno de los elementos del acto administrativo determinante de su validez, acarreando la nulidad de pleno derecho del acto en los supuestos de incompetencia manifiesta por razón de la materia o del territorio (artículo 62.1 de la Ley 30/1992) y la anulabilidad en los demás casos.

Al constituir la competencia una garantía para el administrado, es irrenunciable en cuanto a su titularidad, salvo que se opere una modificación de la norma que la atribuyó al órgano. Ello no obstante, su ejercicio podrá ser objeto de avocación o delegación cuando se efectúen en los términos previstos en las leyes (artículo 12 de la Ley 30/1992).

La atribución de competencias deberá establecerse desde la propia norma de creación de los órganos administrativos (artículo 11.2 de la Ley 30/1992), sin perjuicio de sus ulteriores modificaciones. En todo caso la atribución de competencias es una determinación normativa.

Hechas estas consideraciones de carácter general, hemos de señalar como un problema de carácter frecuente el relativo a la identificación de la autoridad firmante de la resolución, identificación que desde el punto de vista de la competencia tiene una enorme trascendencia.

En la STS de 25 de enero de 2008, se afirma, ante una alegación de incompetencia de la autoridad de la que emanaba el acto impugnado, que:

> "La resolución impugnada aparece dictada por el Secretario General, invocando expresamente en la antefirma el artículo 22.4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Y, como la propia sentencia recurrida se encarga de reseñar, este precepto de la Ley 6/1997 dispone lo siguiente: «En caso de ausencia, vacante o enfermedad, el Delegado del Gobierno será suplido, temporalmente, por el Subdelegado del Gobierno de la provincia donde aquél tenga su sede, salvo que el Delegado designe a otro Subdelegado. En las Comunidades Autónomas uniprovinciales, la suplencia corresponderá al titular del órgano responsable de los servicios comunes de la Delegación del Gobierno». Encontrándonos en el supuesto de este último inciso, el desempeño de la suplencia corresponde al Secretario General, que es quien tiene encomendada la dirección de los servicios comunes de la Delegación del Gobierno [artículo 8.1.a) del Real Decreto 1330/1997, de 1 de agosto , de integración de los servicios periféricos y de estructura de las delegaciones del Gobierno].
>
> Es claro, entonces, que no nos encontramos en un caso de delegación de competencias (artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), ni en un supuesto de delegación de firma (artículo 17 de la misma Ley 30/1992), pues la intervención del Secretario General se produce conforme a lo previsto en el ya citado artículo 22.4 de la Ley 6/1997, que no es sino una manifestación del mecanismo de la suplencia previsto con carácter general en el artículo 17 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
>
> Es cierto que la resolución que ordena la expulsión del recurrente del territorio nacional no indica la concreta circunstancia –vacante, ausencia o enfermedad del titular de la competencia– que determina la intervención del Secretario General en calidad de suplente; pero esta falta de especificación no puede llevar a afirmar que el acto sea nulo de pleno derecho por haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente [artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992], pues es claro que no nos encontramos en un caso de incompetencia manifiesta sino, a lo sumo, ante una anomalía –la falta de especificación del hecho determinante de la suplencia– cuya concurrencia no priva al acto de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin y que, por tanto, sólo tendría relevancia invalidante si hubiese producido indefensión al interesado (artículo 63.2 de la misma Ley), efecto éste de indefensión del que no hay constancia y que ni siquiera ha sido alegado".

Conviene consecuentemente, a efectos de evitar confusiones, distinguir claramente entre tres situaciones diferentes reguladas en la Ley 30/1992.

a) La delegación de competencias puede definirse como la resolución de un órgano en cuya virtud se transfiere a otro órgano de la misma Entidad el ejercicio de competencias que están atribuidas al delegante (STSJ del País Vasco de 24 de julio de 2000).

Es importante destacar como, pese a la existencia de la delegación, la competencia sigue estando atribuida al órgano delegante (SSTS de 19 de noviembre de 2001 y 13 de noviembre de 2001), afirmación de la que podemos extraer dos consecuencias fundamentales: 1) Los actos decididos por delegación deben ser imputados al órgano delegante, lo que tiene una decisiva trascendencia en el momento de la impugnación de los mismos, 2) conservando el órgano delegante la competencia, dicho órgano puede establecer modulaciones en relación con el ámbito

de la delegación, pudiendo reservarse facultades de control y dirección, con independencia de la posibilidad de revocar la delegación en cualquier momento.

La delegación de competencias ha estado tradicionalmente ligada al principio de jerarquía, de forma tal que, la delegación solía producirse del órgano superior jerárquico al inferior dentro de la estructura administrativa. Esta asimilación jerarquía-delegación de competencias desaparece con la LRJPAC, máxime cuando, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, el artículo 13 de la Ley permite no sólo la delegación entre órganos de la misma Administración que no sean jerarquicamente dependientes, sino también en las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas.

Respecto de la forma de la delegación, las mismas deberán publicarse en el *Boletín Oficial del Estado,* en el de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano delegante, y el ámbito territorial de competencia de éste, al tiempo que las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia, indicación que debería hacerse constar indicando la autoridad delegante y el periódico oficial en el que se publicó la norma de delegación.

b) La delegación de firma consiste en atribuir exclusivamente a otro órgano jerárquicamente dependiente del delegante la facultad de firmar las decisiones previamente adoptadas por el órgano delegante.

Por consiguiente, la delegación de firma no incide en la titularidad de la competencia, y sí sólo en un aspecto mínimo del ejercicio de la misma cual es la firma.

c) Respecto a la suplencia, opera sólo como sustitución temporal de los titulares de los órganos administrativos. No supone alteración de la competencia, por cuanto el órgano que actúa es precisamente el que la tiene atribuida. La suplencia aparece regulada en el artículo 17 de la Ley 30/1992, conforme al cual:

> "1. Los titulares de los órganos administrativos podrán ser suplidos temporalmente en los supuestos de vacante, ausencia, o enfermedad por quien designe el órgano competente para el nombramiento de aquéllos.
>
> 2. Si no se designa suplente, la competencia del órgano administrativo se ejercerá por quien designe el órgano administrativo inmediato de quien dependa.
>
> 3. La suplencia no implicará alteración de la competencia".

C) Acuerdo de incoación de expediente de expulsión: acto de trámite

Los denominados actos de trámite se caracterizan porque preparan y hacen posible la decisión, dirigiéndose al mejor acierto de ésta, pero sin decidir, en modo alguno sobre las cuestiones de fondo planteadas en el procedimiento.

II

Con carácter general, en cuanto se trata de actos no definitivos, no resulta posible su impugnación independiente en vía jurisdiccional, debiendo realizarse su revisión, con motivos de la impugnación del acto que pone fin al procedimiento. No obstante esta regla general, el artículo 25 de la LJCA establece los supuestos de recurribilidad de los actos de trámite, señalando como tales:

1) Deciden directa o indirectamente el fondo del asunto.

2) Determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento.

3) Producen indefensión.

4) Producen perjuicios irreparables a derecho o intereses legítimos.

Aplicando tal criterio a la extranjería, son reiterados los pronunciamientos declarando la inadmisibilidad del recurso cuando lo que se impugna es la incoacción de un procedimiento de expulsión, así la STS de 8 de febrero de 2008 señala que: "El acto administrativo impugnado en el proceso, según se indicó expresamente en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo (en el «FJ 1.º» y en el «suplico») y se reitera ahora en el escrito de interposición del recurso de casación, es el Acuerdo de incoación de un expediente de expulsión de un extranjero del territorio nacional, que es un acto de trámite no susceptible de impugnación jurisdiccional, al no acreditarse que dicho acto fuera acompañado de cualquier otra determinación que pudiera afectar inmediatamente a la interesada.

Sin embargo existen supuestos en los que los actos de iniciación del procedimiento, van acompañados de alguna otra determinación que convierte tal acto en recurrible. Así la STS de 25 de abril de 2008, analiza uno de estos supuestos de excepción, señalando que

> "El recurrente denuncia en el motivo tercero bajo el cauce del apartado d) del artículo 88.1 , la infracción del artículo 25 de la Ley Jurisdiccional , pues en relación con el artículo 51.1.c), discrepa de la consideración de la Sala de Instancia acerca de que el acto impugnado sea un simple «acto de trámite puro», dada la privación de libertad sufrida".

En definitiva, el recurrente alega que el acto que se pretende recurrir es un acto de trámite impugnable, pues como destacaba el Ministerio Fiscal en las actuaciones de instancia, "Si bien es cierto que dicho acto es de trámite, también es cierto que, en ocasiones, puede incidir en la esfera de los derechos fundamentales", precisando en este recurso de casación que "se estima que efectivamente tal situación de posibilidad de incidencia negativa en el derecho fundamental a la libertad del actor (artículo 17.1 CE), pudiera producirse por el citado Acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador de expulsión impugnado, dada la propuesta al Juez de Instrucción para que disponga el ingreso del recurrente en centro de internamiento mientras se sustancia el expediente".

En efecto, la jurisprudencia ya citada, superando planteamientos anteriores, ha estimado recursos en los que se planteaba análoga cuestión a la que ahora nos ocupa (así, en las ya cita-

das Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 6 de octubre de 2006 (recurso 4465/2003), 12 de mayo de 2006 (recurso 4345/2003), y 28 de octubre de 2005 (recurso 3769/2003), y la reciente Sentencia de esta sección de 20 de abril de 2007 (recurso 9171/2003) y al igual que en los casos resueltos en aquellas sentencias, en este caso el acto administrativo recurrido inicia un procedimiento de expulsión, y, en ese aspecto, es sin duda un acto de trámite.

Pero también en el Acuerdo reccurido se pone una condición imprescindible para que el Juez de Instrucción adopte la medida cautelar de internamiento y se decide:

> "proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado, al Juez de Instrucción que disponga su ingreso en centro de internamiento, en tanto se sustancia el expediente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62 de la LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000.
>
> No cabe duda de que esta determinación (que no es condición suficiente para el posterior e hipotético internamiento, pero que es condición necesaria, pues sin ella no puede darse), afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una decisión actual de la que depende aquélla".

D) Ausencia del trámite de la notificación de la propuesta de resolución

Con carácter general en los procedimientos sancionadores, una vez concluida la instrucción del procedimiento y practicada la audiencia al interesado por el órgano correspondiente, salvo cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos y otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, el instructor elevará propuesta de resolución al órgano que tenga atribuida la competencia sancionadora para que dicte la resolución que proceda.

En orden a la propuesta de resolución, conviene recordar que:

> "siguiendo la doctrina sentada por el TEDH (Caso *Albert-Le Compte,* Sentencia de 10 de febrero de 1983, FJ 30.º y 36.º), la jurisprudencia ha mantenido que, entre las garantías conexas al artículo 24 CE que son extensibles al procedimiento administrativo en la medida en que sean compatibles con su naturaleza (STC 22/1990, FJ 4.º), se encuentra el derecho a conocer de la propuesta de Resolución de un expediente sancionador (...) pues sin él no hay posibilidades reales de defensa en el ámbito del procedimiento (STC 29/1989, FJ 6.º). Al efecto, se han deducido, como elementos indispensables de toda acusación sobre los que debe versar el ejercicio del derecho de defensa por una parte la inalterabilidad o identidad de los hechos que se le imputan, y por otra la calificación de la falta y a sus consecuencias punitivas (STC 145/1993, FJ 3.º). (...) Sin ningún género de dudas, el derecho a conocer la propuesta de resolución de un expediente sancionador, claramente estipulado en las normas del procedimiento administrativo, forma parte de las garantías que establece el artículo 24.2 de la Constitución, pues sin él no hay posibilidades reales de defensa en el ámbito del procedimiento...; concluyendo con la afirmación de que la calificación de la falta y la conse-

> cuencia punitiva (son) elementos (...) indispensables de toda acusación sobre los que debe versar el ejercicio del derecho de defensa....." [STSJ de Canarias (Las Palmas) de 18 de noviembre de 2003].

En conclusión, la omisión de la propuesta de resolución según ha señalado con reiteración la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo es suficiente para determinar la invalidez de los actos impugnados por originar indefensión al interesado (artículo 24.2 CE), ya que supone privar a éste de su derecho a ser informado de la acusación una vez que el instructor ha examinado las alegaciones formuladas por el mismo y que se han practicado las pruebas de cargo oportunas, así como del derecho a hacer unas nuevas alegaciones que sobre dicha acusación crea oportunas en su defensa.

No obstante siguen existiendo pronunciamientos judiciales que relativizan esta exigencia. Es de destacar en este sentido, la STSJ de Castilla La Mancha de 2 de mayo de 2003 cuando afirma que:

> "Esta omisión puede tener distinta trascendencia, dependiendo de que ocasione o no verdadera indefensión, según establece el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre. Si no la ocasiona, el acto sancionador no será nulo ni anulable, pero si la ocasiona puede ser nulo por aplicación del artículo 62.1.a) de la norma citada, en relación con el 24 de la Constitución Española. La notificación de la propuesta de resolución tiene como objeto dar traslado al actor de la determinación de los hechos una vez practicada, en su caso, la prueba correspondiente, así como de la opinión del instructor acerca de la calificación de los mismos y sanciones procedentes, en su caso. De modo que, si no se ha efectuado prueba alguna, o la misma nada añade a lo que el interesado conoció cuando formuló las primeras alegaciones, y, además, entre el primer traslado que se le da al interesado, y a la vista del cual formula las alegaciones, y la resolución que se dicta, no hay una divergencia ni en la descripción de los hechos, ni en la tipificación de los mismos, ni en la sanción que pueda imponerse, de modo que la propuesta de resolución nada añade a tales extremos, entonces no puede decirse que la ausencia de ésta ocasione indefensión alguna, pues no consistiría sino en pura reproducción del trámite ya conferido antes. Sin embargo, sí puede ocasionarla en el caso contrario".

En materia de extranjería conviene reseñar lo establecido en la STS 19 de mayo de 2008, cuando afirma que:

> "A la vista de estos datos, es claro que no se produjo ninguna indefensión relevante para el interesado por el hecho de que no se le diera traslado de la propuesta de resolución, toda vez que, como acertadamente señala la sentencia de instancia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19.2 en relación con el 13.2, ambos del reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por RD 1398/1993, se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando el acuerdo de iniciación del expediente sancionador ya contuviera un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada y no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado, y eso es justamente lo que ocurrió en este caso, pues al interesado, asistido por letrado, se le hizo saber que ese acuerdo de iniciación tendría el carácter de propuesta de resolución en caso de no presentarse alegaciones, y no habiéndose alegado nada por aquél, la propuesta de resolución no tenía por qué serle específicamente notificada para un nuevo trámite de alegaciones".

E) Caducidad del procedimiento sancionador

Según dispone el artículo 121.1 del RLOEX, dentro de la regulación de las Normas Comunes al Procedimiento Sancionador

> "El plazo máximo en que debe dictarse y notificarse la resolución que resuelva el procedimiento será de seis meses desde que se acordó su iniciación, sin perjuicio de lo dispuesto para el procedimiento simplificado en el artículo 135.
>
> Transcurrido dicho plazo sin haberse resuelto y notificado la expresada resolución, se producirá la caducidad del procedimiento y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable a los interesados, o en aquellos supuestos en que se hubiese acordado su suspensión".

Consecuentemente en toda materia sancionadora, recordemos que la expulsión participa de tal naturaleza, al encontrarnos ante un procedimiento de oficio, el transcurso del plazo máximo para dictar resolución da lugar siempre a la caducidad del procedimiento y no al silencio o a la inactividad, cuestión que resulta de gran importancia a la hora de establecer los plazos aplicables para la posterior impugnación jurisdiccional de la decisión administrativa.

LA STS de 31 de enero de 2006 afirma en este sentido que:

> "Parece igualmente obligado recordar, para comprender la razón que asiste a la Sala de instancia cuando decidió como lo hizo, que en un procedimiento administrativo como el que nos ocupa, que se inicia de oficio y en el que se ejercitan potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para el ciudadano, el vencimiento del plazo máximo establecido para resolver, sin que se haya dictado y notificado la resolución expresa, y aun el silencio frente a las alegaciones realizadas en dicho procedimiento, no producen como efecto el surgimiento por silencio de una resolución presunta; lo que produce es, en su caso, la caducidad del procedimiento, siendo suficiente el examen del artículo 44 de la Ley 30/1992, y en concreto su número 2, para comprender que ello es así, pues los efectos que allí se contemplan respecto del vencimiento del plazo son bien distintos de los que prevé el artículo 43 del mismo cuerpo legal, en concreto en su apartado 3; pues mientras que en los procedimientos iniciados a instancia del interesado, (los contemplados en el artículo 43 de la Ley 30/1992), el vencimiento del plazo de resolución permite a los interesados, la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo, por el contrario en los procedimientos de naturaleza sancionadora y en general en todos aquellos de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables e iniciados de oficio, el vencimiento del plazo de resolución el único efecto que produce no es el silencio, en el sentido del artículo 43.3, sino la caducidad del expediente que opera previa denuncia; sin que pueda discutirse la naturaleza sancionadora del procedimiento que nos ocupa y por consiguiente su integración en la disciplina del artículo 44 de la LRJPAC y su exclusión del régimen contemplado en su artículo 43".

Otro problema que suele plantearse es el de la correcta identificación de la actividad administrativa impugnable en aquellos supuestos en los que la parte solicita la caducidad del procedimiento en vía administrativa. En tales supuestos la denegación por silencio de la solicitud de

declaración de caducidad en sede administrativa sí resulta ser un acto susceptible de impugnación en vía jurisdiccional, pero siempre que tal solicitud, cuando la misma integra el único objeto del proceso, se hubiera instado previamente en vía administrativa y no de forma novedosa en sede jurisdiccional. Como afirma la STS de 12 de enero de 2006 la petición de caducidad del procedimiento "será o no acertada, pero su desestimación por silencio da lugar a un acto administrativo perfectamente recurrible, que es el referente a si el expediente ha incurrido o no en caducidad", por su parte la STS de 30 de noviembre de 2007 señala que: "la apreciación en sede jurisdiccional de la caducidad del procedimiento requiere una previa solicitud de su declaración en vía administrativa".

Según la STS de 13 de diciembre de 2007 "La caducidad opera y puede alegarse (y su no declaración, expresa o presunta, puede impugnarse) por el puro transcurso del plazo".

En cuanto a los efectos del transcurso del plazo, la sentencia señala que

> "tratándose el que nos ocupa de un procedimiento sancionador con un plazo expreso de resolución de seis meses (según el artículo 98 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001), como consecuencia del «vencimiento del plazo máximo», con arreglo al citado artículo 44 de la LRJPA, se producirían dos efectos:
>
> a) En primer lugar, la no exención de la Administración «del cumplimiento de la obligación legal de resolver». Esto es, que la Administración, no obstante el transcurso del plazo de seis meses, sigue estando obligada a dictar una resolución expresa, aunque sea tardía; cosa distinta será el contenido de la misma.
>
> b) Y, en segundo lugar, que es lo que aquí interesa, en el apartado 2 del artículo 44 se señala que tal «vencimiento del plazo máximo (...) producirá la caducidad», añadiendo el inciso final del párrafo primero del citado apartado 2 del artículo que «En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92».

El principal problema que se nos planteaba en estos casos era el de determinar cuál resultaba ser el plazo para poder acudir, una vez superado el plazo para que se haya producido la caducidad, al proceso jurisdiccional. La Sentencia de 13 de diciembre de 2007, analiza esta cuestión, estudiando todas las posibles soluciones en aplicación de las normas de procedimiento, señalando que

> «Ante tal situación –y reiterando que hemos rechazado estar en presencia de un nuevo procedimiento iniciado con la finalidad de obtener la caducidad del inicial procedimiento sancionador– debemos trasladarnos al ámbito jurisdiccional y tratar de concretar desde cuándo resulta posible residenciar tal situación en vía jurisdiccional; esto es, acaecido el 'vencimiento del plazo máximo' para resolver y notificar, al que el legislador ha anudado de forma inmediata y automática la caducidad del citado procedimiento sancionador, nos queda por determinar desde qué momento el administrado, ante el silencio de la Administración, puede dirigirse a la presente Jurisdicción con la finalidad de obtener –en su caso– una declaración expresa de la caducidad del procedimiento sancionador, en principio solo obtenida en forma presunta en la vía administrativa. O, dicho de otra forma, si la Administración, producido el 'vencimiento del plazo máximo' para resolver y notificar el procedimiento sancionador, sin haberlo efectuado, de forma expresa, cuenta con plazo alguno para dictar 'la resolución que declare la caducidad', y por la que se 'ordenará el archivo

de las actuaciones', a que se refiere el inciso final del párrafo primero del citado apartado 2 del artículo 44 de la LRJPA , pero que –sin embargo– ni siquiera exige el precepto reglamentario (98 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001)».

Tal plazo no se encuentra previsto, de forma expresa, tras la reforma de la LRJPA por parte de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la LRJPA. Antes de la citada reforma, el anterior artículo 44 contemplaba como forma de acreditación del acto presunto la certificación del mismo, emitida por la propia Administración que no había resuelto de forma expresa, y para cuya emisión la Administración contaba con un plazo inexcusable de veinte días. Por ello, en el apartado 5 del citado precepto se señalaba que «los plazos para interponer recurso administrativo y contencioso-administrativo respecto de los actos presuntos se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la certificación, y si ésta no fuere emitida en plazo, a partir del día siguiente al de finalización de dicho plazo». En consecuencia, antes de la reforma de 1999, y, considerando este precepto de aplicación al supuesto entonces contemplado en el 43.4 (procedimientos iniciados de oficio), la Administración contaba con un plazo de veinte días, bien para emitir la certificación del acto presunto, bien para dictar la resolución ratificadora de la caducidad producida, ordenando el archivo de las actuaciones. Sólo transcurrido dicho plazo (44.5 *in fine*) podría hábilmente accederse a la vía jurisdiccional.

Sin embargo, tras la reforma de 1999, el actual 43.5 de la LRJPA –que pudiéramos entender supletoriamente aplicable al supuesto del 44, ante el silencio de éste– contempla una solución distinta, transformando en potestativa la solicitud de certificación del acto presunto; en concreto, se señala ahora que los mencionados actos presuntos «producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver».

En consecuencia, tras la reforma de 1999, el administrado puede solicitar la certificación del acto presunto (en cuyo caso no podrá acceder a la vía jurisdiccional hasta que transcurra el plazo de quince días establecido en el actual 43.5 *in fine* de la LRJCA para la emisión de la certificación, o, hasta que la misma le fuese emitida, de ser anterior al vencimiento del plazo señalado). Pero ello es hoy una mera posibilidad, que –en principio– no impediría acceder a la vía jurisdiccional desde el vencimiento del plazo determinante de la caducidad, que es, a su vez, el mismo momento en el que se producen dichos efectos preclusivos, siendo tal declaración expresa de caducidad una mera constatación de los efectos –ya inamovibles en vía administrativa– producidos por ministerio de la ley desde el vencimiento del plazo para la resolución, y consiguiente notificación, del expediente sancionador. Ello justificaría que tal resolución expresa cuente con una configuración especial, formalmente menos exigente, en el artículo 42.1, párrafo segundo de la LRJPA , ya que la misma «consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso (en éste la caducidad del procedimiento), con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables».

Por otra parte avalaría tal conclusión el párrafo segundo del artículo 20.6 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que sigue señalando que «transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha producido al archivo de las actuaciones»; pero tal exigencia contenida en el Reglamento señalado (que tampoco exige resolución, sino solo certificación), aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto , hemos de entenderla modulada por el carácter potestativo de la certificación introducida en la LRJPA, tras la reforma de llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Tampoco, el supuesto analizado resultaría asimilable a los de inactividad contemplados en el artículo 29 de la LRJCA , ya que no estaríamos, en el caso de autos, ante la obligación de realizar una

prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, ni tampoco ante la no ejecución de un acto firme de carácter presunto. Mas al contrario, podríamos encontrar cierto paralelismo como una situación de vía de hecho, de las contempladas en el artículo 30 de la misma LRJCA , y en las que resulta posible «deducir directamente recurso contencioso-administrativo», sin necesidad de requerimiento previo, aunque tal vía de hecho parece reservarse para otras actuaciones de índole material.

Por ello, ante tal vacío normativo, resulta coherente con el sistema de revisión jurisdiccional de toda actuación administrativa el establecimiento de un plazo para que la Administración instructora del procedimiento sancionador pueda, de oficio o instancia de a interesado, dictar la resolución prevista en el artículo 42.1.2.º párrafo de la LRJPA –constatando, o no, la caducidad del procedimiento sancionador–, una vez transcurrido el plazo previsto para su conclusión (y consiguiente notificación), con el correspondiente archivo del expediente. La exigencia de tal plazo vendría, además, avalada por el propio procedimiento previsto para la actuación administrativa por cuanto a tal sistema de actuación no le puede ser exigible una resolución, certificación o simple archivo de actuaciones en la misma fecha en que se produce el inexorable cumplimiento del plazo de caducidad.

En tal sentido, es la propia seguridad jurídica la que nos obliga a la determinación de un plazo durante el que la revisión jurisdiccional aún no resultaría posible, y el mismo hemos de encontrarlo en el de quince días previsto en el artículo 43.5 *in fine* de la LRJPA para que la Administración emita la certificación del acto presunto que (potestativamente, tras su reforma por la Ley 4/1999, de 13 de enero) le puede ser exigido por los administrados.

En consecuencia, sólo transcurrido dicho plazo de quince días –que fijamos con carácter supletorio– podría el interesado acceder temporalmente en forma adecuada a esta Jurisdicción».

F) Domicilio a efectos de notificación de la resolución de expulsión

Conforme establece el artículo 58 de la LRJPAC

> "Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses...".

La notificación de los actos administrativos constituye un requisito no de validez, sino de eficacia de los mismos [SSTS de 30 de abril de 1998, Castilla-León (Valladolid) de 20 de febrero de 2001 y Canarias (Las Palmas) de 20 de diciembre de 1997], justificándose tanto en la garantía que supone para los interesados, como en la observancia de las exigencias que se derivan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La notificación, en definitiva, constituye un elemento esencial para la seguridad jurídica y es, al mismo tiempo una *conditio iuris,* de cuya realización depende la eficacia del acto administrativo que se notifica. Al mismo tiempo, la notificación es el presupuesto necesario para que empiece a correr el plazo de impugnación del acto notificado (SSTS de 3 de junio de 1999 y 30 de abril de 1998).

Conforme a artículo 59.4 de la LRJPAC

> "Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto I de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se

> hubiere podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el *Boletín Oficial del Estado,* de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cuál sea la Administración de la que proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó".

Nos encontramos ante un supuesto excepcional de notificación (STS de 28 de diciembre de 1996), dado que la regla general sigue siendo la notificación personal, de forma tal que, la notificación edictal sólo será posible cuando no haya podido practicarse la notificación en la persona del interesado.

La notificación edictal será posible en los siguientes supuestos: 1.º) Cuando los interesados sean desconocidos. Si en un procedimiento existe una pluralidad de interesados y algunos son conocidos y otros no, a los primeros se les notificará el acto o resolución de forma personal y, a los segundos por la vía edictal. 2.º) Cuando se desconozca el lugar en que debe practicarse la notificación. 3.º) Cuando se ignore el medio por el que debe practicarse la notificación y 4.º) Cuando los interesados se opongan a la práctica de la notificación.

En materia de extranjería el problema que se plantea con suma frecuencia es el de la utilización de la vía edictal como forma de notificación ante la imposibilidad de conocer el verdadero domicilio del interesado, no debiendo olvidar la gran movilidad de alguno de ellos como medio de impedir la efectividad de las medidas que les afectan.

Según la STSJ de Cantabria de 3 de abril de 2008:

> "el artículo 57.9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social establece que la resolución de expulsión deberá ser notificada al interesado, con indicación de los recursos que contra la misma se puedan interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos. Sin embargo, también es cierto que esta notificación, efectivamente exigible al interesado, debe realizarse en el domicilio que precisamente designa éste a efecto de notificaciones, con independencia del que efectivamente tenga y que puede ir modificando a lo largo del procedimiento".

No obstante, ha de tenerse en cuenta la reciente doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, según la cual "una vez frustradas las posibilidades de notificación personal", la Administración no puede limitarse a proceder a una notificación edictal "sin desplegar una mínima actividad indagatoria en oficinas y registros públicos para intentar determinar un domicilio de notificaciones alternativo en que pudiera ser notificada personalmente".

G) Incidencia de la existencia de causa penal en procedimiento de expulsión

La STS de 7 de noviembre de 2007 examina la cuestión relativa a los efectos que, sobre una posible resolución de expulsión de un extranjero que se encuentra ilegalmente en España, puede causar un procedimiento penal en tramitación.

La sentencia afirma que:

> "En el presente caso, y de conformidad con la legislación en vigor en el momento de los hechos, teniendo la Administración constancia documental de que el expulsado había sido puesto a disposición judicial, como consecuencia de la posible autoría de un delito contra la salud pública, la autoridad gubernativa carecía de competencia necesaria para proceder a dictar la resolución de expulsión, hasta tanto constara documentalmente en el expediente el sobreseimiento o archivo de las diligencias penales tramitadas, y sin perjuicio de que el Juez pudiera autorizar la salida del recurrente del territorio nacional. En estos supuestos, no corresponde al sancionado la obligación de acreditar la subsistencia de la actuación penal".

III. LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE EXPULSIÓN

En un artículo publicado en esta misma revista, afrontaba el problema de la exigencia de motivación en las decisiones adoptadas por la Administración en aplicación del artículo 57.1 de la LOEX, cuando señala que en los casos de infracciones muy graves o graves de las previstas en el apartado a) del artículo 53, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

El tema sigue abierto, aun cuando puede afirmarse que estamos ante criterios suficientemente consolidados que dotan a la cuestión de un cierto grado de seguridad jurídica. El estado actual de la cuestión puede resumirse en un criterio general de naturaleza antiformalista y una serie de pronunciamientos concretos que valoran cirscunstancias justificativas de la imposición de la medida de expulsión.

A) Criterio antiformalista

En la STS de 24 de junio de 2008 se afirma que:

> "esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en recursos anteriores en el sentido de que cuando los hechos imputados, no negados en ningún instante, son los de entrada ilegal en territorio nacional estaríamos ante el supuesto de mayor gravedad de los tipificados como infracción grave y que justificaría cumplidamente la imposición de la sanción mas grave",

añadiendo que:

> "resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.
>
> En efecto:
>
> A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

> B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora".

Ahora bien, la novedad más importante de este pronunciamiento judicial, se encuentra en la modulación, ciertamente flexible que realizaba de la aplicación a estos supuestos de la doctrina general sobre el deber de motivación. En efecto, la sentencia afirmaba que:

> "Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo".

Ya en otras ocasiones he expresado mi oponión crítica con dicha doctrina, en cuanto que la misma releva la Administración de su deber de motivar en la resolución administrativa, siempre que, y la precisión es importante, en el conjunto del expediente administrativo aparezcan datos fácticos que permitan entender concurrente una especial gravedad en la conducta del interesado, esto es, la motivación ya no aparece en vía administrativa, sino que se exteriorizará, en su caso, en vía jurisdiccional, una vez que la Sala o el Juzgado efectúen una labor de depuración del expediente a la búsqueda de circunstancias agravatorias que justifiquen la imposición de la sanción de expulsión, lo que a mi juicio contradice la finalidad de la motivación de dar a conocer al administrado el fundamento, circunstancias o motivos del acto que le interesa y que debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa.

B) Motivación legitimadora de la medida de expulsión

Un examen de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales nos permite obtener algunas conclusiones acerca de la motivación que se considera suficiente para legitimar una medida de expulsión:

1) SSTS de 26 de diciembre de 2007 y 31 de enero de 2008:

> "a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia de que no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que estaba indocumentado, y, por lo tanto, sin acreditar su verdadera identificación y filiación, y, además, se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español.
>
> La permanencia ilegal y estos hechos que 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 ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por las que expulsó al actor del territorio nacional.

2) STSJ de Cantabria de 28 de marzo de 2008:

> "La resolución sancionadora, al igual que en otros muchos casos, fundamenta la orden de expulsión en la estancia irregular del recurrente, conteniendo una motivación adecuada que avoca al

órgano administrativo a elegir la sanción de expulsión en lugar de la de multa, puesto que hace referencia a la exclusión del campo social y laboral de aquél, que se encuentra en nuestro país de forma irregular, de tal forma que la sanción de multa implicaría el mantenimiento de esa situación de exclusión, que se agravaría todavía más por la carga que la propia multa conllevaría, amén de la imposibilidad legal de admitir a trámite la solicitud de trabajo que en su día articulara el recurrente de pretenderlo. Y en el Informe (folio 2) se expresa que las alegaciones del recurrente han sido de estar en España él, su mujer y su hija, pero que no tiene ni permiso ni visado, y que unas personas, con permiso legal, responden económicamente de ellos, cuestión esta última que al entender de la Sra. Magistrado ayuda a que se incline por la corrección de la imposición de multa, extremo este que no se comparte y se disiente abiertamente por la Sala, considerando que de no regularizar su situación de nuevo se le puede imponer otra multa y no remedia absolutamente nada".

3) STSJ de Cantabria 29 de febrero de 2008:

"Sin embargo, lo cierto es que la estancia irregular se ha prolongado desde el año 2005 hasta el momento, esto es, el año 2007, lo que lejos de ser un dato que abone la tesis de la sentencia apelada, denota que durante todo este período el apelado no ha iniciado trámite alguno en orden a su regularización, pues ningún documento ni solicitud al efecto consta en el expediente ni ha sido invocado por aquél la realización de intento alguno para obtener la autorización de residencia",

añadiendo que:

"Alega el apelado que desempeña trabajos de camarero, sin que dicha relación laboral haya sido acreditada, por lo menos desde el punto de vista fáctico y aun careciendo de permiso de trabajo (lo que resulta imposible si no se cuenta con autorización de residencia), de tal forma que no se evidencia que cuenta con medios económicos de subsistencia suficientes para hacer frente a sus necesidades, ya que, siquiera de forma testifical o cualquier otra e indiciariamente pudiera haber probado este extremo, de tal forma que a la estancia irregular debe añadirse, como dato que refuerza la opción por la medida sancionadora de la expulsión, la prolongada duración de aquélla y la falta de arraigo económico.

Dichas circunstancias refuerzan, sin duda alguna , la motivación y proporcionalidad de la orden de expulsión acordada y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por la que expulsó al actor del territorio nacional.

No se trata, sin embargo, contra lo manifestado en la Sentencia de instancia, de añadir un plus de antijuridicidad o culpabilidad a la conducta tipificada como infracción, esto es, la estancia irregular en nuestro país, que sea determinante de la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la de multa, ya que el tipo sancionador se agota en sí mismo, sin circunstancias agravantes o atenuantes expresamente contempladas en el mismo, tal y como se sostiene en la sentencia de instancia.

Sin embargo, la toma en consideración de circunstancias como la que venimos analizando, no supone la introducción en el tipo sancionador del artículo 53.a) de circunstancias agravantes que aquél no prevé, sino tan sólo la entrada en juego de un dato adicional que confirma o refuerza la opción por la sanción de expulsión como alternativa a la de multa, por tratarse de una circunstancia negativa a añadir a las ya contempladas en la Resolución acordando la expulsión y que evidencia todavía más la exclusión social y laboral del extranjero y su falta de arraigo, a las que se hace referencia expresa en aquélla".

C) Sobre la posible inconstitucionalidad de la regulación legal

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo procedió a cuestionar la constitucionalidad del artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España, en cuanto dispone en relación a la infracción tipificada en el apartado a) del artículo 53 ("encontrarse irregularmente en el territorio español"), que "podrá aplicarse en lugar de sanción de multa la expulsión del territorio español".

El órgano judicial fundamentaba la posible inconstitucionalidad del precepto legal en su contradicción con el principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25.1 CE), concretamente en su exigencia de *lex certa* o "taxatividad" al dejar indeterminadas las pautas o criterios para imponer una u otra sanción administrativa (multa o expulsión), lo que comportaría también infracción del artículo 9.3 CE.

Según el planteamiento de la cuestión, el precepto cuestionado apoderaría a la Administración para optar por cualquiera de las dos sanciones, de forma genérica, sin pauta ni límite, ya que los criterios fijados en el artículo 55.3 de la misma Ley no contienen una pauta para la imposición de una u otra sanción, sino únicamente criterios en relación con la sanción pecuniaria, y así lo demostraría la praxis jurisprudencial. Por otra parte, el órgano promotor de la cuestión afirma que el precepto cuestionado podría infringir el principio de eficacia de la Administración (artículo 103 CE), en relación con la conculcación por el legislador del principio de proporcionalidad, ya que no puede reputarse eficaz una sanción que no guarda proporción o correspondencia con el hecho infractor. La expulsión sería proporcionada a la comisión de la infracción contemplada en el artículo 53.a) de la Ley, pero no la multa, que "monetariza" la entrada ilegal, y deja de cumplir un papel disuasorio de la conducta que se trata de reprimir, con lo que deviene ineficaz.

El Auto del TC 409/2007, de 6 de noviembre, señala al resolver la cuestión que:

> "el Tribunal ha declarado en la STC 113/2002, citada en el Auto de planteamiento, que: «la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta. Así lo ha reconocido este Tribunal al decir en su STC 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3.º, que el establecimiento de dicha correspondencia 'puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa'; lo que en modo alguno puede ocurrir es que quede 'encomendada por entero a ella', ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio, lo cual, como hemos dicho anteriormente (con cita de la STC 42/1987), contraviene frontalmente las exigencias constitucionales". (FJ 6.º)

Sentado lo anterior como doctrina general aplicable al caso, el Auto pasa a resolver la cuestión planteada señalando que:

> "Pues bien, la norma cuestionada no contiene esa habilitación en blanco a la Administración, tal como sostiene el órgano promotor de la presente cuestión. En primer lugar, el artículo 57, apartados 5 y 6 de la Ley Orgánica 4/2000 acota negativamente el ámbito de aplicación de la sanción de expulsión.

En segundo lugar, el artículo 55, apartado 3 establece criterios para la aplicación de dicha sanción al regular la graduación de las sanciones establecidas en la Ley. Finalmente, el artículo 50 remite a lo establecido en el artículo 131 de la Ley 30/1992 en concreción del principio de proporcionalidad y los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del artículo 20, apartado 2 de la misma Ley Orgánica 4/2000.

En la misma STC 113/2002, el Tribunal declaró que el hecho de que la sanción pueda imponerse con carácter potestativo, como así lo hace el precepto ahora cuestionado («podrá aplicarse...»), sin fijar unos criterios específicos que sirvan como orientación para decidir sobre su imposición y graduación, no supone la consagración legal de una inadmisible discrecionalidad a favor de la Administración sancionadora (FJ 7º). Al igual que en aquella resolución, también aquí se puede afirmar, en un examen preliminar, que el precepto cuestionado cumple con las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los artículos 25.1 y 9.3 CE, pues la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave [artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000], y, por otra, por la concurrencia de los criterios establecidos en la misma Ley o por la remisión de ésta a la Ley 30/1992. Tal como afirma el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, la Ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración para decidir cuándo procede la imposición de la sanción de expulsión y permiten el control jurisdiccional de sus decisiones.

Por otra parte, la duda de inconstitucionalidad basada en la posible contradicción del precepto cuestionado con el principio de eficacia de la Administración debe considerarse notoriamente infundada por cuanto que, en el caso concreto, la norma no incide en la eficacia de la actividad administrativa a la que se refiere el artículo 103.1 CE".

IV. EL PROBLEMA DE LA POSTULACIÓN ANTE LOS ÓRGANOS UNIPERSONALES

Un problema importante desde el punto de vista práctico es el que hace referencia a la representación del extranjero en el proceso contencioso-administrativo, problema agravado desde el momento en que la LJCA no exige para pleitear ante los órganos unipersonales la presencia de Procurador, resultando posible que el Abogado asuma junto con la asistencia la representación de la parte.

Haciendo referencia a las distintas resoluciones y posturas que se han mantenido sobre esta cuestión pueden reducirse a dos fundamentales:

A) Aquellas sentencias que consideran que la asistencia letrada engloba el otorgamiento de la representación en juicio.

C) La tesis que resulta ser la mayoritaria y más extendida es la que considera que:

> "el elemental requisito de la postulación impone a los litigantes el deber de actuar ante los órganos jurisdiccionales unipersonales representados por Procurador o por Letrado (artículo 23.1 de la LJ), y que la representación ha de otorgarse mediante poder autorizado por notario o conferido ante el Secretario Judicial (artículo 24 de la LEC). Obviamente, en este caso no existe tal apoderamiento, por lo que la exigencia de postulación es incumplida" (STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2006).

II

Frente a este tipo de pronunciamientos se han planteado distintos recursos de amparo, cuestión que ha sido analizada en un interesante artículo de César SÁNCHEZ, en el que se afirma:

> "Actualmente y de forma sistemática, el Tribunal Constitucional viene acordando por unanimidad la inadmisión de las demandas de amparo planteadas, y todo ello por manifiesta falta de contenido constitucional [artículo 50.1.c) LOTC].
>
> Se alegaba en tales demandas de amparo que las SSTSJ impugnadas vulneraban el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en su vertiente de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE). El Tribunal Constitucional inadmite las demandas de forma generalizada sobre la base de los siguientes argumentos:
>
> 1.º Inicialmente se comienza subrayando la especial intensidad con la que debe aplicarse el principio *pro actione* en los casos en que lo que está en juego es el acceso a la jurisdicción. En ese sentido dicho principio –señala el TC– obliga a los órganos judiciales a dar oportunidad de corregir los defectos formales antes de extraer la consecuencia jurídica que a su falta se anuda legalmente, y que no han de consentirse interpretaciones o aplicaciones de los requisitos legales caracterizadas por el rigorismo, formalismo, o desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia del cierre del proceso que conllevan, con eliminación u obstaculización injustificada del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la pretensión a él sometida (SSTC 58/2005, de 14 de marzo y 19/2003, de 30 de enero).
>
> 2.º Se añade, no obstante, que el principio *pro actione* no implica, en modo alguno, una relativización o devaluación de los presupuestos y requisitos procesales establecidos por las Leyes, ni debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles que la regulan (STC 45/2004, de 23 de marzo y ATC 430/2004, de 12 de noviembre).
>
> 3.º En tales casos no se aprecia que ni el Auto ni la Sentencia impugnados incurran en el rigorismo formal contrario al artículo 24.1 CE, puesto que –se añade– no resulta riguroso ni formalista entender que el Abogado designado de oficio para defender a la parte en la vía administrativa no es necesariamente un representante de aquella en vía judicial, tal y como se deduce de los artículos 542.1 y 543.1 de la LOPJ, y de lo previsto en el artículo 22.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, habida cuenta que el demandante no posee la nacionalidad española.
>
> 4.º Se afirma asimismo que «es difícilmente rebatible que para actuar en nombre de otro en un proceso, resulta imprescindible el consentimiento expreso e inequívoco del representado, consentimiento habitualmente conferido a través del instrumento del poder notarial (ATC 276/2001, de 29 de octubre), o del poder *apud acta*» (STC 205/2001).
>
> 5.º No obstante, se señala que «la falta de acreditación de la representación procesal es subsanable si el defecto se reduce a esta mera formalidad y, siempre que tal subsanación sea posible, debe conferirse a las partes la posibilidad de subsanación, antes de impedirles el acceso al proceso» (STC 2/2005, de 17 de enero).
>
> 6.º Concluye el alto Tribunal indicando que en tales supuestos como los analizados, la parte no atendió el requerimiento realizado por el órgano judicial al objeto de subsanar los defectos de su comparecencia que le habían sido puestos de manifiesto (apartados 2 y 3 del artículo 45 de la LJCA), y no se acreditó que quien había interpuesto el recurso contencioso-administrativo ostentara la representación del recurrente, por lo que no cabe tachar de desproporcionada la inadmisión del

recurso. En consecuencia no existe vulneración constitucional alguna a este respecto según el Tribunal Constitucional.

Tal es la doctrina sentada hasta la fecha por nuestro Tribunal Constitucional, aplicable indistintamente tanto a supuestos de expulsión como de rechazo en frontera, y mantenida por la Sala 1ª, Sección 1ª (Registros 8.953/05 y 9.094/05 en resoluciones de 13 de diciembre de 2006 y 31 de octubre de 2006), Sala 1ª, Sección 2ª (Registro 8.304/05, en resolución de 12 de diciembre de 2006) y Sala 2ª, Sección 3ª (Registro 7.238/05, en resolución de 11 de diciembre de 2006)."

Existen sin embargo recientes pronunciamientos de la sala Tercera del Tribunal Supremo que permiten afrontar la cuestión desde una perspectiva diferente. La Sentencia de 11 de marzo de 2008 (recurso 270/2004), analiza el siguiente supuesto:

1) El actor interpuso el recurso contencioso administrativo representado por Procurador y asistido por Letrado, designados ambos en marzo de 2002 por el turno de oficio (en la designación de la Procuradora, de 9 de marzo de 2002, se indicaba que "esta designación es de carácter provisional hasta su confirmación o denegación por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, conforme a la Ley 1/1996").

2) Admitido el recurso, y ya formulada demanda, se unió a las actuaciones una comunicación de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Madrid, por la que se ponía en conocimiento de la Sala que dicha Comisión había acordado, en reunión celebrada el 3 de octubre de 2002, denegar al actor el derecho a la asistencia jurídica gratuita para este recurso.

3) A la vista de tal comunicación, la Sala, mediante providencia de fecha 17 de diciembre de 2002 acordó requerir al actor para que "designe Abogado en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de archivar las actuaciones en caso de no efectuarlo".

4) La Procuradora, en escrito firmado también por el Sr. Letrado que venía actuando de oficio, manifestó que se tuviera designado como Abogado al propio Letrado de oficio, a quien el interesado había apoderado en dependencias policiales.

5) Por nueva providencia de fecha 11 de marzo de 2003 la Sala decidió lo siguiente:

> "Dada cuenta. Vista la denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita, requiérase al Procurador en su día designado, para que manifieste en el término de diez días si continúa con la representación del recurrente. Y en tal caso el Procurador deberá acreditar mediante representación *apud-acta* o poder bastante debidamente otorgado".

6) La citada Procuradora presentó nuevo escrito en fecha 26 de marzo de 2003, solicitando se la tuviera por designada para la representación del recurrente, dado que "mi mandante otorgó en su momento poderes suficientes para que se tramiten cuantos procedimientos, tanto administrativos como judiciales, fuera necesarios para la defensa de sus intereses".

7) La Sala, en Auto de 15 de abril de 2003 decretó el archivo del recurso, derivándolo del hecho de haber transcurrido el plazo sin haber subsanado el defecto apuntado, de conformidad con lo establecido en el artículo 43.3 (*sic*) de la LJ 29/1998.

8) En otro Auto de 4 de noviembre de 2003, la Sala de Madrid desestimó el recurso de súplica, razonando que:

> "el recurrente en súplica no desvirtúa los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, pues conforme al artículo 43.3 LJCA la exigencia de representación procesal no es un requisito que afecta únicamente a las relaciones entre la parte y su representante y defensor sino que se trata de un requisito para comparecer en el recurso por lo que procede confirmar la resolución recurrida, desestimando el recurso de súplica".

La tesis que se sostiene en el recurso de casación es que el interesado otorgó su representación en el Aeropuerto de Barajas a favor de Letrado, lo que es bastante para que éste, aunque cese como Letrado designado de oficio provisionalmente, pueda continuar ostentando la representación de aquél en este proceso.

Según la Sala, no hay inconveniente en aceptar que lo que el viajero hizo en dependencias policiales, y ante funcionario público, fue otorgar un mandato representativo a favor del Letrado, mandato válido según el artículo 1710 del Código Civil , que admite libertad de forma.

En su virtud, el Letrado, como mandatario, estaba facultado para presentar los posibles recursos, pero ello (ha de entenderse), cumpliendo las exigencias establecidas en las leyes de procedimiento, las cuales (artículo 23.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 en relación con el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) exigen que ante los órganos colegiados actúe un Procurador habilitado, con poder otorgado en una forma concreta, a saber, ante Notario o *apud acta*.

Consecuentemente, terminada la representación de oficio de la Procuradora como consecuencia de la denegación del beneficio de asistencia jurídica gratuita, el Abogado, ante el requerimiento de la Sala, pudo hacer uso de sus facultades como mandatario y otorgar ante Notario y en nombre de su mandante poder para pleitos a favor de Procurador, o nombrarlo mediante comparecencia *apud acta,* (otorgamiento de poder que, lógicamente, implica la asunción de las responsabilidades económicas derivadas del pleito).

Lo que no puede pretenderse es que el apoderamiento realizado en vía administrativa atribuya sin más al apoderado (el Sr. Letrado) la facultad de intervenir en el proceso, una vez que se ha terminado la representación de oficio, porque aquel mandato (que sirve, según lo dicho, para otorgar poder en la forma legalmente establecida), carece de los requisitos de forma necesarios para actuar en el pleito, al no haber sido otorgado ante Notario o *apud acta*.

Y debe precisarse que estos requisitos de forma no se cumplen con la mera presentación ante la Sala de un escrito firmado por la Sra. Procuradora y por el Sr. Letrado, en el que aquélla dice que se le tenga "por designada para la representación del recurrente", ya que un tal escrito ni puede decirse que sea un apoderamiento notarial ni tampoco un apoderamiento *apud acta,* el cual exige una comparecencia ante el Sr. Secretario.

Crónicas legislativas

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

SUMARIO

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

III. Fuentes de la Unión Europea.

I. FUENTES INTERNAS

– Orden INT/2058/2008, de 14 de julio, por la que se modifica la Orden del Ministro del Interior de 7 de febrero de 1997, por la que se regula la Tarjeta de Extranjero, en lo concerniente al número de Identidad de Extranjero (*BOE* núm. 170, del 15).

– Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (*BOE* núm. 184, del 31).

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

– Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen (*BOE* núm. 228, del 20).

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

Crónicas legislativas

– Resolución de 2 de octubre de 2008, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación de Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen (*BOE* núm. 248, del 14).

– Real Decreto 1722/2008, de 20 de octubre, por el que se crea el Comité Organizador de la Presidencia Española del Consejo de la Unión Europea (*BOE* núm. 254, del 21).

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

– Real Decreto 1792/2008, de 3 de noviembre, sobre concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales (*BOE* núm. 277, del 17).

– Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado (*BOE* núm. 280, del 20).

– Instrucción de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre (*BOE* núm. 285, del 26).

– Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias (*BOE* núm. 293, del 5).

II. FUENTES INTERNACIONALES

– Acuerdo Marco de Cooperación entre el Reino de España y la República de Senegal, hecho en Dakar el 10 de octubre de 2006 (*BOE* núm. 170, de 15 de julio de 2008).

– Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción, hecho *ad referéndum* en Dakar el 5 de diciembre de 2006 (*BOE* núm. 173, de 18 de julio de 2008).

– Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la extradición entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho en Argel el 12 de diciembre de 2006 (*BOE* núm. 178, de 24 de julio de 2008).

Crónicas legislativas

– Canje de Notas de fechas 7 de septiembre de 2007 y 29 de febrero de 2008 entre el Reino de España y la República de Guatemala sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos y licencias de conducción nacionales (*BOE* núm. 195, de 13 de agosto de 2008).

– Canje de Notas entre el Reino de España y la República de Filipinas sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, hecho en Madrid el 28 de noviembre de 2007 y el 23 de abril de 2008 (*BOE* núm. 196, de 14 de agosto de 2008).

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

– Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2008 relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Consejo de Europa en materia de cooperación entre la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa (*DOUE,* L, 186, de 15 de julio).

– Decisión de la Comisión de 17 de junio de 2008 por la que se establecen la arquitectura física y las características de las interfaces nacionales y de la infraestructura de comunicación entre el Sistema Central de Información de Visados y las interfaces nacionales para la fase de desarrollo (*DOUE,* L, 194, de 23 de julio).

– Reglamento (CE) núm. 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS) (*DOUE,* L, 218, de 13 de agosto).

– Decisión 2008/622/JAI del Consejo de 23 de junio de 2008 sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados (VIS) por las autoridades designadas de los Estados miembros y por Europol, con fines de prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo y otros delitos graves (*DOUE,* L, 218, de 13 de agosto).

– Decisión núm. 208 de 11 de marzo de 2008 relativa el establecimiento de un marco común para la recopilación de datos sobre la gestión de las solicitudes de pensión (*DOUE,* L, 223, de 21 de agosto).

– Decisión núm. 1/2007 del Consejo de Asociación UE-Egipto de 6 de marzo de 2007 por la que se crean subcomités del Comité de Asociación y un grupo de trabajo sobre emigración y asuntos sociales y consulares (*DOUE,* L, 230, de 28 de agosto).

– Reglamento (CE) núm. 856/2008 del Consejo de 24 de julio que modifica el Reglamento (CE) núm. 1683/95 por el que se establece un modelo uniforme de visado, en lo que se refiere a la numeración de los visados (*DOUE,* L, 235, de 2 de septiembre).

– Decisión de la Comisión de 25 de agosto de 2008 sobre las equivalencias entre categorías de permisos de conducción (*DOUE,* L, 270, de 10 de octubre).

– Reglamento (CE) núm. 1104/2008 del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II). (*DOUE,* L, 299, de 8 de noviembre).

– Decisión 2008/839/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II). (*DOUE,* L, 299, de 8 de noviembre).

– Decisión del Consejo de 4 de noviembre de 2008 por la que se modifica el anexo 3, parte I, de la Instrucción consular común, sobre los nacionales de terceros países sujetos a la obligación de visado aeroportuario. (*DOUE,* L, 303, del 14).

– Decisión del Consejo de 27 de noviembre 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, 327, de 5 de diciembre).

– 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, del 24).

EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Llamada a la participación en la plataforma por los derechos fundamentales

La Agencia europea de Derechos Fundamentales invita a ONGs y al resto de instituciones de la Sociedad Civil activas en el campo de los Derechos Fundamentales, tanto a nivel nacional como europeo e internacional, a participar en la futura plataforma por los Derechos Fundamentales, establecida ésta como una red para asegurar la cooperación y el intercambio de información, convirtiéndose en la primera vía de comunicación entre la propia Agencia y la sociedad civil, asegurando de esta manera su relación con las partes interesadas. Asimismo, la Agencia Europea de Derechos Fundamentales ha lanzado otra consulta sobre su programa de trabajo para 2009 y su informe anual 2008. Ambas convocatorias permanecerán abiertas hasta el 20 de agosto de 2008.
(21 de julio de 2008).

Pacto europeo sobre inmigración y asilo

El pasado 24 de julio, los ministros de Interior de los 27 dieron fe del Pacto europeo alcanzado en materia de inmigración y asilo, destacando la importancia de la migración como factor social y económico que contribuye al crecimiento de la UE. La intención del Pacto es desarrollar un control a nivel comunitario sobre los flujos de migración de entrada y salida de la UE, cumpliendo con las normas de Derecho Internacional y teniendo en cuenta la capacidad de recepción de cada uno de los Estados miembros en términos laborales, de vivienda, educación y servicios sociales, a la vez que protege a los inmigrantes de los riesgos asociados a varios tipos de explotación.
(28 de julio de 2008).

Refuerzo de Eurojust y de la Red Judicial Europea

Los ministros de Justicia de la UE reunidos la pasada semana en Bruselas, alcanzaron un acuerdo sobre el refuerzo de la cooperación judicial en la UE a través de Eurojust y de la Red Judicial Europea (RJE). Asimismo, aprobaron dos propuestas de Decisión para reforzar el papel y las capacidades de ambos organismos, clarificando, al mismo tiempo, la división de trabajo y tareas, ya que ambos tienen el mismo objetivo: facilitar la cooperación judicial europea en materia penal. Mientras Eurojust está formada por miembros nacionales respaldados por sus propios Es-

(*) 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.*

tados miembros y tiene personalidad jurídica propia y sede en La Haya (Holanda), la RJE posee una estructura más flexible e informal, operativa a través de puntos de contacto nacionales.
(28 de julio de 2008).

Cuarto informe sobre la no reciprocidad de la exención de visado con terceros países

La Comisión Europea ha aprobado su cuarto informe sobre el mantenimiento por parte de terceros países de la obligación de visado contraviniendo el principio de reciprocidad. El informe muestra que se han logrado nuevos avances de cara a la plena reciprocidad del visado. Las principales conclusiones del informe muestran que la plena reciprocidad del visado se ha conseguido actualmente con Israel, Malasia y Paraguay. La Comisión ha logrado avances significativos en el diálogo con Canadá y con Australia. Por lo que se refiere a Brasil, han dado comienzo las negociaciones para un acuerdo de exención de visado para estancias de corta duración. No se ha logrado ningún avance con Japón, Panamá, Singapur y Estados Unidos.
(28 de julio de 2008).

Debate conjunto Comisión Europea-Parlamento sobre justicia

El pasado 1 de septiembre tuvo lugar en Bruselas, en el marco del período parcial de sesiones del Parlamento Europeo, un debate conjunto entre la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea y el propio pleno del Parlamento Europeo. El debate se centró en tres temas: Red Judicial Europea, refuerzo de Eurojust y la aplicación del principio de reconocimieto mutuo de sentencias en materia penal. Asimismo, y formando parte de la agenda, se informó sobre el del Sistema de Información de Visados (VIS, en sus siglas en inglés) en los países del área Schengen y de la evaluación del llamado Sistema de Dublín.
(8 de septiembre de 2008).

El acceso del ciudadano al derecho y a la justicia en Europa

Los Colegios de Abogados franceses y la delegación de Colegios de Abogados de Francia organizan bajo Presidencia francesa, el próximo 18 de septiembre en Bruselas, un coloquio sobre el acceso del ciudadano al derecho y a la justicia en Europa. Acercar Europa al ciudadano es una de las prioridades de la Presidencia francesa. El acto de apertura del coloquio correrá a cargo del comisario europeo de Justicia, Libertad y Seguridad, Jacques Barrot. En el encuentro se abordarán asuntos de gran actualidad, tales como los nuevos derechos del ciudadano europeo en sus desplazamientos por el territorio de la Unión Europea, el tratamiento de los divorcios transfronterizos, el lanzamiento del Foro Europeo de la Justicia, la ampliación de la Red Judicial Europea a los profesionales del derecho y el afianzamiento de los derechos fundamentales del ciudadano europeo. El debate contará con la participación de eurodiputados, altos magistrados, altos funcionarios de las instituciones europeas y abogados especialistas en derecho comunita-

rio. La conferencia será la ocasión de examinar los nuevos instrumentos puestos a disposición del ciudadano europeo para mejorar la aplicación de sus derechos en el seno de la Unión. *(15 de septiembre de 2008).*

Formación y consultas seminario libre circulación y seguridad social: novedades recientes

ERA, la Academia de Derecho Europeo, organiza en su sede de Tréveris (Alemania), del 1 al 2 de diciembre, unas jornadas en las que se abordará un intenso análisis respecto a las recientes modificaciones y desarrollos en el campo de la libre circulación y seguridad social. Entre las actividades organizadas se ha abrirá un coloquio entre especialistas del campo de la seguridad social en Europa, así como mesas redondas con participación de los asistentes. El seminario prestará especial atención a la jurisprudencia del TJCE respecto a resoluciones en materia de concesión de beneficios sociales a familias, la igualdad de trato en las pensiones y demás contingencias cubiertas por la Seguridad Social. Entre las iniciativas legislativas que se propondrán, destaca la propuesta de una Directiva, que regule el Derecho de los pacientes europeos en la asistencia sanitaria transfronteriza en la UE. El seminario se dirige fundamentalmente a abogados especializados en Derecho de la Seguridad Social, abogados expertos en Derecho del Seguro y Sociedades aseguradoras y en general ejercientes en el campo del Derecho de las mutualidades y fondos de pensiones. *(22 de septiembre de 2008).*

Entre libertades económicas y derechos fundamentales

Los eurodiputados del Comité de empleo y asuntos sociales del PE han adoptado un informe, de iniciativa propia, sobre los desafíos de los Convenios Colectivos en la UE, tras las sentencias del TJCE sobre los asuntos Laval, Viking, Küffert y Luxemburgo. La libre prestación de servicios constituye la piedra angular del proyecto europeo, pero debe siempre ponerse en relación con los derechos fundamentales y los objetivos sociales del Tratado. Asimismo, la libre prestación de servicios no debe ni contradecir ni primar sobre los derechos fundamentales de los agentes sociales. Respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad para empresas que usen la libertad de establecimiento en otro Estado miembro o incluso la provisión de servicios transfronterizos, pero no respeten los términos y condiciones intrínsecas al empleo de trabajadores, los eurodiputados cuestionan si dichas empresas, precisamente, deberían ser beneficiarias de tal privilegio. Concluye el informe sentenciando que los derechos fundamentales no se encuentran supeditados a las libertades económicas, sino que deben tratarse en un plano de igualdad. *(22 de septiembre de 2008).*

El Parlamento Europeo solicita reforzar la cooperación entre Frontex y ACNUR

El Parlamento Europeo reunido en pleno la semana pasada en Bruselas, aprobó una resolución sobre los progresos realizados en el espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Los euro-

diputados reclamaron una "cooperación estructurada" entre Frontex y el Alto Comunisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR), así como más información sobre los acuerdos firmados por la agencia con terceros países. De igual manera, rechazaron una propuesta comunitaria sobre el derecho de los inmigrantes de larga duración a votar en las elecciones europeas y locales. El texto insta a reforzar la cooperación entre la agencia Frontex y el ACNUR "para simplificar las operaciones que se llevan a cabo, teniendo en cuenta la protección de los derechos humanos". Asimismo, los eurodiputados piden a la Comisión y al Consejo el refuerzo de la información de Frontex sobre los acuerdos firmados por ésta con terceros países y los informes de evaluación sobre operaciones conjuntas. La resolución también exige garantizar que los controles en frontera "son respetuosos para con los derechos humanos".
(30 de septiembre de 2008).

Principales resultados del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior

El Consejo de ministros de Justicia e Interior, celebrado la pasada semana en Bruselas, ha llegado a un acuerdo sobre el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo. Su aprobación queda pendiente ahora del Consejo Europeo que se celebrará en octubre de 2008. Este Consejo de ministros de Justicia e Interior se ha saldado con el apoyo del conjunto de delegaciones a una propuesta de Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado ("Tarjeta azul europea"), y ha encargado al COREPER ultimar el texto de la misma. Igualmente ha mantenido un debate político sobre el tratamiento a dar a la sentencia del TJCE sobre el caso *Metock* y ha suscrito la decisión de la Comisión de presentar, de aquí a finales de 2008, un informe de evaluación relativo a la transposición de la Directiva que contempla el derecho de los ciudadanos de la UE a residir y circular libremente por el territorio de los Estados miembros. El Consejo ha procedido, asimismo, a un intercambio de puntos de vista sobre el proyecto de reinstalación de refugiados iraquíes en el marco de la misión que la Comisión europea iniciará a primeros de noviembre en Siria y Jordania.
(30 de septiembre de 2008).

Conferencia-aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Los días 7 y 8 de octubre, el Parlamento Europeo acoge una conferencia internacional organizada conjuntamente por la Eurocámara, la Comisión Europea y Naciones Unidas con ocasión de la próxima celebración del 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que fue firmada el 10 de octubre de 1948. El evento pretende ilustrar y reafirmar el alcance de la Declaración a través del trabajo de los defensores de los derechos humanos en todo el mundo. La conferencia contará con la participación de destacadas figuras de la Unión Europea, la ONU y el Consejo de Europa, así como de defensores de los derechos humanos.
(6 de octubre de 2008).

El juez nacional ante el reconocimiento mutuo de decisiones en materia penal

ERA, la Academia de Derecho Europeo, organiza en su sede de Tréveris (Alemania), del 22 al 24 de octubre, un seminario sobre reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en materia penal. El seminario está enfocado a jueces y fiscales y profesionales del Derecho Penal. Entre los temas que se abordarán durante las 3 jornadas en la que se desarrollará el seminario destacan: instrumentos actuales de reconocimiento mutuo de decisiones en asuntos penales; legislación comunitaria y sus futuras reformas, las consecuencias prácticas de la armonización del Derecho Penal, un estudio de la abundante jurisprudencia en esta materia y el papel de los organismos e instituciones de la UE en la promoción del reconocimiento mutuo en materia de Derecho Penal. El seminario se impartirá en inglés, francés y alemán mediante traducción simultánea.
(6 de octubre de 2008).

Aplicación de la Directiva sobre reunificación familiar de nacionales de terceros países

La Comisión Europea adoptó el pasado 8 de octubre una comunicación para fomentar la correcta aplicación de la Directiva 86/2003 de reunificación familiar de nacionales de terceros países. La Directiva reconoce la existencia de un derecho de reunificación familiar; dicho derecho ha sido reconocido explícitamente por el TJCE, diciendo que la Directiva impone obligaciones precisas y positivas para los Estados miembros, requiriendo que en determinados casos se autoricen reunificaciones familiares (caso núm. 540/2003, *Parlamento Europeo c. Consejo*). No obstante, este derecho debe aplicarse con las condiciones estipuladas por la Directiva, teniendo en cuenta límite de edad, política de seguridad, criterios de salud pública, y condiciones económicas, entre otros.
(13 de octubre de 2008).

Planteamiento global de la migración: aumentar coordinación, coherencia y sinergias

Se ha publicado una nueva comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. El planteamiento global sobre la migración puede definirse como la dimensión exterior de la política de migración de la UE. Se basa en una auténtica asociación con los terceros países, está plenamente integrado en otras políticas externas de la UE, y trata todas las cuestiones de migración y asilo de manera global y equilibrada. El planteamiento global ya ha sido objeto de tres Comunicaciones específicas de la Comisión en los últimos tres años, en las que se establecen medidas a corto plazo relativas a determinados países y zonas geográficas. En diciembre de 2007, el planteamiento global también fue objeto de un informe intermedio de situación. Otras Comunicaciones no centradas en el planteamiento global han tenido en cuenta alguna de sus tres dimensiones esenciales, a saber, la gestión de la migración legal, la lucha contra la inmigración irregular, y la migración y el desarrollo. La Comunicación también responde al llamamiento del Consejo Europeo a la Co-

misión para que ésta informe de lo que se está haciendo para aplicar el planteamiento global.
(13 de octubre de 2008).

La tarjeta azul para inmigrantes cualificados, más cerca

La Comisión Europea propuso la creación de una tarjeta azul que atraiga a inmigrantes cualificados a la Unión Europea, fijando normas comunes para los procedimientos de admisión dado que la Unión Europea necesitará más de veinte millones de trabajadores cualificados en las dos próximas décadas, fundamentalmente en el área de la ingeniería y la informática. Se espera que funcione como permiso de residencia de dos años de duración, tras los cuales podría renovarse y obtener la libertad de circulación por todo el territorio comunitario. La tarjeta garantizará el acceso a la seguridad social y la posibilidad de aplicar medidas de reunificación. Se someterá a votación en la comisión de Libertades Civiles del Parlamento Europeo.
(13 de octubre de 2008).

Sistema de información europea sobre antecedentes penales, ECRIS

En su reunión del pasado 24 de octubre en Luxemburgo, los ministros de Justicia de los 27 alcanzaron un acuerdo sobre el establecimiento de la red ECRIS, el sistema de información europea sobre antecedentes penales. Este sistema computerizado facilitará el intercambio de información sobre antecedentes penales entre los Estados miembros, siendo indiferente que éstos tengan diferentes idiomas y diferentes órdenes legales. La decisión relevante del Consejo define los elementos de un formato estandarizado que permita el intercambio de manera electrónica y uniforme. Los Estados miembros podrán entenderse fácilmente, ya que se utilizarán códigos específicos para diferenciar delitos y penas. Seis Estados miembros –Alemania, Bélgica, República Checa, España, Francia y Luxemburgo– se han embarcado en un proyecto piloto de intercambio electrónico de sus bases de datos nacionales sobre antecedentes penales.
(27 de octubre de 2008).

Foro europeo sobre los derechos de la infancia

La Comisión Europea trabaja con la sociedad civil para crear un foro europeo sobre los derechos del niño. Tendrá vocación de permanencia y estará presidido por la propia Comisión, con el objetivo primordial de promover los derechos de los niños en las acciones de la UE tanto a nivel interno como externo. En base a asegurar una representación efectiva de la sociedad civil en el Foro, se ha lanzado una convocatoria pública para ONGs y otros organismos interesados en participar en dicho Foro. La convocatoria para la presentación de candidaturas permanecerá abierta hasta el 14 de noviembre de 2008.
(27 de octubre de 2008).

El Parlamento Europeo aprueba la equiparación de los derechos de los trabajadores temporales

La Eurocámara ha dado su visto bueno a una Directiva que afecta a los trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal (ETT), en la que se establece la equiparación, desde el primer día, de salario, derechos y condiciones de seguridad entre los trabajadores contratados por estas agencias y los empleados directamente por la empresa. Los Estados miembros tendrán hasta finales de 2011 para aplicar las nuevas normas. Esta normativa tiene por objeto garantizar, desde el primer momento, la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y mejorar la calidad de estas empresas garantizando el respeto del principio de igualdad de trato. La directiva asegurará un marco apropiado para la cesión de trabajadores, que contribuya a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo.
(27 de octubre de 2008).

Foro sobre política europea en materia de asilo e inmigración

ERA, la Academia de Derecho Europeo, organiza en Barcelona, del 13 al 14 de noviembre, un seminario sobre política europea en materia de asilo e inmigración. Las jornadas se dirigen a profesionales del Derecho de extranjería e inmigración y preferentemente a abogados, magistrados, fiscales, profesores de universidad y ONGs. Una gran parte del seminario tratará la situación actual de la lucha por los derechos fundamentales y las políticas actuales que vienen ejecutando los Estados miembros en materia de inmigración. El programa del seminario prevé la celebración de un debate sobre las relaciones exteriores actuales entre los Estados de la UE y sobre la creación de un sistema europeo de vigilancia de fronteras (Eurosur). Los ponentes estudiarán a fondo la normativa comunitaria sobre la materia y propondrán a los asistentes la participación a debates y mesas redondas. El seminario se impartirá en inglés, español y catalán.
(10 de noviembre de 2008).

"Ciudadanía europea: aparte de palabras, derechos concretos"

Después de haber visitado Rumanía y Alemania, la campaña informativa de la Comisión Europea inicia su andadura en Bulgaria. Bajo el eslogan: "Ciudadanía europea: aparte de palabras, derechos concretos", la campaña, que sigue tomando la apariencia de una caravana informativa o "roadshow", visitará 20 ciudades búlgaras entre el 11 y el 22 de noviembre de 2008. Esta campaña dará a los ciudadanos información sobre sus derechos como europeos dentro de la UE, precisamente recogidos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales.
(10 de noviembre de 2008).

Inmigración ilegal: penalizar a los empleadores y no a los trabajadores

Entre cuatro millones y medio y ocho millones de inmigrantes viven ilegalmente en la UE. La mayoría de trabajos que desempeñan están en áreas como la construcción, la agricultura o el

sector hotelero. El Comité de Libertades Civiles del Parlamento Europeo (LIBE) está examinando una propuesta de Directiva sobre este tema. Dicha Directiva prevé la penalización de los empleadores de inmigrantes ilegales, imponiéndoles, si fuera necesario, sanciones penales en los casos más graves, y hace notar que los inmigrantes deben ser remunerados de manera legal, siendo obligación de las empresas la supervisión de la política de empleo de sus sub-contratas, asumiendo igualmente la responsabilidad solidaria por los posibles casos de mala praxis.
(10 de noviembre de 2008).

Fondo europeo para la integración de nacionales de terceros países 2007-2013 –España–

La Comisión acaba de adoptar el programa plurianual del Fondo europeo para la integración de nacionales de terceros países 2007-2013, para España, con una dotación estimada de 161,7 millones de euros (122,9 millones en forma de contribución comunitaria), junto con los primeros dos programas anuales 2007-2008. El Vicepresidente, Jacques BARROT, responsable de Justicia, Libertad y Seguridad, expresó su satisfacción por la adopción del primer programa plurianual para la ejecución del Fondo europeo para la integración: "Con el lanzamiento de su programa plurianual, España ha demostrado su compromiso con la integración de los nacionales de terceros países". España ha decidido destacar las cuatro prioridades estratégicas previstas por el Fondo, es decir: la puesta en práctica de los "Principios básicos comunes para una política de integración de los inmigrantes en la UE"; el desarrollo de indicadores y metodologías de evaluación para evaluar los progresos, ajustar políticas y medidas, y facilitar la coordinación del aprendizaje comparado; el desarrollo de las políticas, incremento de la capacidad intercultural y de coordinación entre los diferentes niveles y departamentos gubernamentales de los Estados miembros; y, el intercambio de experiencias, buenas prácticas e información sobre integración entre Estados miembros. Entre los proyectos financiados por los programas 2007 y 2008 en España, cabe mencionar: actividades para la promoción de la participación de inmigrantes en distintos procesos; diseño de un modelo de evaluación de políticas de integración y programas introductorias; y, coordinación e intercambio de experiencias y buenas prácticas entre los distintos agentes de todas las administraciones públicas.
(10 de noviembre de 2008).

Estudios desde las dos orillas

Sandra Gil Araújo

Doctora en Sociología. Investigadora Juan de la Cierva. Departamento de Antropología Social. Universidad de Granada. Miembro del grupo de Investigación Laboratorio de Estudios Interculturales. Integrante del grupo Interdisciplinario de Investigador@as Migrantes (sandragilaraujo@yahoo.es)

Belén Agrela Romero

Doctora en Antropología y Bienestar Social. Profesora Titular de Trabajo Social de la Universidad de Jaén. Responsable del área de la Mujer del Observatorio Permanente sobre la Inmigración en Jaén (bagrela@ujaen.es)

I

Un mundo en movimiento. Contextualización de las migraciones internacionales en Europa y América Latina*

SUMARIO

I. Introducción.

II. El contexto internacional: las migraciones en un mundo globalizado.

III. El contexto europeo: de los reclutamientos a las fortificaciones e islamofobias.

IV. El contexto latinoamericano: visibilizando "las otras migraciones". A) Migrantes latinoamericanos en los circuitos alternativos de la globalización.

V. A modo de conclusión.

VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad se estima que son casi 200 millones las personas que viven fuera de su lugar de nacimiento, lo que representa en torno al 3% de la población total, un porcentaje similar a las migraciones internacionales de los años sesenta (Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, 2005). Estas cifras, consideradas alarmantes por muchos analistas y Gobiernos son, en términos relativos, menores que las registradas a principios del siglo XX[1]. Pero si bien

(*) Este texto ha sido elaborado en el marco del proyecto europeo Urb-Al Europa-América Latina titulado: "La integración de los inmigrantes en las ciudades como forma de combate a la pobreza" (2006) en el que Sandra GIL ARAÚJO participó como la investigadora-asesora latinoamericana y Belén AGRELA ROMERO como investigadora-asesora europea. Las entidades participantes: Comisión Europea, Ayuntamiento de Granada, Ayuntamiento de Nanterre, Ayuntamiento de Sao Paulo, Ayuntamiento de Quito, Ayuntamiento de Junín, Ayuntamiento de San Salvador y Fondo Andaluz de Municipios para la Solidaridad Internacional.

los flujos no han aumentado proporcionalmente, sí se ha modificado su composición y complejidad debido a los cambios sufridos por las distintas sociedades, la profundización de las desigualdades a escala internacional, las características de los conflictos, las transformaciones económicas y el desarrollo de las comunicaciones y de las nuevas tecnologías.

Los movimientos de población contemporáneos se caracterizan, entre otras cosas, por la diversidad de países involucrados y la complejidad de sus causas: cada vez es más difícil diferenciar entre migraciones forzadas y migraciones económicas. A la vez se ha incrementado la migración de diversos orígenes nacionales desde los países *en desarrollo* hacia los *desarrollados,* como reflejo del proceso de expansión de la economía capitalista, lo que estaría dando lugar a "una fase de transición hacia un patrón de migración Sur-Norte" (CEPAL, 2006, 7). Una reciente estimación de la División de Población de las Naciones Unidas calcula que el 60% de los inmigrantes del mundo residen en los países desarrollados. El crecimiento de las migraciones en sentido sur-norte se acentuó durante los años noventa y desde entonces hasta 2005 se ha reforzado (CEPAL, 2006)[2]. Otro de los rasgos distintivos de las migraciones actuales es su paulatino proceso de feminización. Según la División de la Población de la ONU, prácticamente la mitad de los migrantes internacionales son mujeres (48,6%), el 51% de las cuales viven en países desarrollados. La creciente presencia de mujeres en las corrientes migratorias internacionales se vincula con la feminización de la pobreza y de la fuerza de trabajo[3]. La internacionalización de la producción industrial se vio acompañada por la precarización de la mano de obra y la feminización del mercado laboral. La mayor parte de la fuerza de trabajo que produce bienes y servicios para el mercado mundial es femenina. El turismo, la producción textil y electrónica, los centros financieros y de *telemarketing*, las empresas de ingreso de datos, el cultivo de flores, las granjas frutícolas, entre otros, son sectores con una creciente presencia de mujeres y son, a su vez, algunas de las áreas más afectadas por la desregulación y flexibilización laboral. En este sentido, las migraciones Sur-Norte pueden ser interpretadas como una estrategia de resistencia

(1) Entre 1864 y 1924 las Islas Británicas enviaron 17 millones de personas al extranjero, lo que suponía el 41% de la población en el año 1900. El número de emigrantes en México nunca ha superado el 15% de su población total. EE UU recibió 7.500.000 de extranjeros en los últimos 20 años del siglo XX, una cifra comparable a los 2.500.000 inmigrantes de la década de 1950, que representaban el 3% de la población, muy por debajo de los índices registrados entre 1870 y 1920, que fueron de más del 10%.

(2) Según las estadísticas de la ONU, entre 1980 y 2000 el número de migrantes en los países desarrollados se ha multiplicado por más de dos, pasando de 48 millones a 110 millones, mientras que el número de migrantes en los países en desarrollo pasó de 52 millones a 65 millones. En 2005 el 34% de los migrantes internacionales residían en Europa, el 28% en Asia, el 23% en América del Norte, el 9% en África, 3% en América Latina y 3% en Oceanía (Naciones Unidas 2006).

(3) El ajuste económico ha tenido un impacto mayor en la población femenina, ya que las mujeres son en general las responsables de la subsistencia de las familias, por lo que se ven obligadas a emplearse de manera formal o informal, buscando paliar el déficit de ingresos. Estas trabajadoras suelen estar sometidas a largas jornadas laborales, bajos sueldos y una permanente situación de inestabilidad, debido a que las características de la economía mundial moderna hacen que las oportunidades de empleo sean vulnerables a las condiciones impuestas desde el exterior. La deslocalización industrial impulsó el reemplazo de una "aristocracia obrera", mayoritariamente masculina y asentada en la metrópoli, por un proletariado femenino, infrapagado y ubicado en la periferia (SASSEN, 2003).

de familias y poblaciones a las condiciones de empobrecimiento y desigualdad creciente, resultado de los modelos de desarrollo implantados en las últimas décadas[4].

Saskia Sassen ha señalado conexiones sistémicas entre el impacto de las políticas económicas aplicadas en los países en desarrollo, el empobrecimiento de estos países, el crecimiento de los circuitos alternativos transfronterizos y la feminización de los mismos.[5] Estos circuitos pueden ser ilegales, como el tráfico de drogas o para la industria del sexo, o legales, como las remesas remitidas por los emigrantes de los países empobrecidos, pero son siempre componentes de la economía globalizada al estar engarzados en algunas de las dinámicas que la constituyen: la formación de mercados globales, la intensificación de redes transnacionales y translocales y el desarrollo de las tecnologías de la comunicación. La feminización de los circuitos alternativos es un buen indicador de la feminización de la supervivencia[6], no sólo de familias o comunidades, sino de países.

II. EL CONTEXTO INTERNACIONAL: LAS MIGRACIONES EN UN MUNDO GLOBALIZADO

"La relación entre migración y globalización (...) ha sido parte constitutiva del proceso de modernización, jugando un papel central en el despliegue y desarrollo del capitalismo moderno. Uno de los ámbitos en el que esta participación ha sido más notoria es el de la movilización y provisión constante de mano de obra barata y especializada (...) desde el sistema esclavita instaurado en el nuevo mundo hasta la actual migración indocumentada, pasando por los programa de trabajadores huéspedes, implemementados en prácticamente todos los países industrializados..." (CEPAL, 2006, 20). Por ese motivo es necesario prestar atención a ciertas dinámicas globales para comprender el alcance e impacto de la internacionalización económica en los países del Norte y del Sur, y en los mecanismos que favorecen las migraciones entre ambas regiones. El desarrollo de la agricultura comercial, la producción industrial dirigida a la exportación, la expansión del sector servicios, las crecientes presiones competitivas o la degradación del trabajo asalariado tienen una incidencia crucial en la formación y dirección de los

(4) El recorte de los gastos estatales y la reducción de los servicios públicos también afectan de manera especial al trabajo de las mujeres, ya que se ven sobrecargadas con las tareas de cuidado de menores, ancianos y enfermos no cubiertas por el Estado. Los recortes en salud y planificación familiar golpean de modo tremendo las condiciones de vida femenina, disparando, por ejemplo, el número de adolescentes embarazadas o las muertes en el parto. Lo mismo sucede con la reducción de los subsidios alimenticios, ya que ante la escasez de comida suele privilegiarse la alimentación de los miembros masculinos de la familia en detrimento de las mujeres y niñas.

(5) Con el "concepto de circuitos quiero subrayar que hay un cierto grado de institucionalización de estas dinámicas; y no hablo de dinámicas porque no se trata simplemente de agregados de acciones individuales" (SASSEN, 2003: 45). Entre los circuitos más importantes están el trabajo informal, la industria del sexo, las exportaciones de mujeres como cuidadoras, enfermeras y asistentas del servicio doméstico y las remesas enviadas por los emigrantes a sus países de origen.

(6) "Al usar la noción de feminización de la supervivencia no me estoy refiriendo al hecho de que la economía doméstica, realmente comunidades enteras, dependen de manera creciente de las mujeres. Quiero enfatizar el hecho de que los Gobiernos dependen de los ingresos de las mujeres inscritas en los circuitos transfronterizos, así como toda una suerte de empresas cuyos modos de obtener ganancias se realizan en los márgenes de la economía ilícita" (SASSEN, 2003, 45).

movimientos migratorios porque están en el origen de las situaciones de pobreza y desigualdad que afectan a gran parte de las poblaciones de los países periféricos. Pero también, y es conveniente no olvidarlo, porque crean las condiciones que originan la demanda de mano de obra inmigrante en los países centrales. Esta perspectiva entiende que las migraciones no son fenómenos autónomos, con una lógica propia e independiente, sino que, por el contrario, están íntimamente conectadas con procesos históricos, económicos, sociales y políticos de alcance global. La historia colonial, las relaciones comerciales, los enfrentamientos bélicos, los modelos de desarrollo imperantes, el turismo, las formas de organización de la producción y la reproducción, el binomio capital-trabajo y las relaciones de género son sólo algunos de los procesos que condicionan la configuración de las dinámicas migratorias.

Si bien los movimientos de población son una constante en la historia de la humanidad, es a partir del siglo XVI –en el marco de dos procesos históricos fundamentales, como son la constitución de la economía capitalista y el orden jerárquico de los Estados-nación como forma de organización política predominante– cuando adquieren características peculiares. Aunque estos dos procesos son de gran relevancia a la hora de analizar los movimientos migratorios, no deben ser entendidos como determinantes mecánicos de los mismos. Por el contrario, el capitalismo no supone solamente una lógica económica de conflicto entre clases, sino también un sistema de jerarquización cultural, racial, espacial y de géneros. Todas estas relaciones de poder están inscritas en las migraciones internacionales y principalmente en las migraciones Sur-Norte.

Las migraciones han sido, en sus distintas variantes, producto y motor del sistema capitalista. Las etapas del desarrollo capitalista han dado lugar a movimientos migratorios con características distintivas. La transferencia de trabajo vivo hacia las economías europeas ha sido un componente central del colonialismo y el imperialismo. En aquella época también se produjeron otros movimientos migratorios: el desplazamiento de la población europea hacia los territorios de ultramar y, una vez abolida la esclavitud, el traslado desde algunos países asiáticos –como China, India, y Japón– de trabajadores *aprendices* con contratos de semiesclavitud para trabajar en las plantaciones de otros territorios coloniales. La colonización y poscolonización han impulsado la expansión internacional del capitalismo y la consolidación de un comercio internacional desigual. La división entre países centrales y periféricos tiene sus cimientos en aquellas formas de dominación.

Durante el siglo XIX, las migraciones masivas se convirtieron en un elemento fundamental del sistema económico transatlántico que unía a diversas naciones a través de intercambios económicos y de enfrentamientos bélicos. Entre 1700 y 1800 la población de Europa aumentó de 80 a 123 millones de personas. En este contexto se dieron las condiciones para el impulso de las migraciones, en las que participaban cada vez más trabajadores. Este movimiento es, desde entonces, un componente estable de la historia social y económica de Europa. Hasta finales de la Primera Guerra Mundial, 50 millones de personas abandonaron Europa: 37 millones fueron a América del Norte, 11 millones a América Latina y 1.750.000 a Australia y Nueva Zelanda (SASSEN, 1999). Entre 1870 y 1920 EEUU recibió a 26 millones de inmigrantes, originarios mayoritariamente de Europa (CEPAL, 2002).

El período que sigue a la Segunda Guerra Mundial se caracterizó por la cristalización de la lógica de enfrentamiento Este-Oeste, la hegemonía de EE UU en Occidente y de la URSS en el bloque socialista. Al mismo tiempo se ponían en marcha los procesos de descolonización y liberación nacional en los países de la periferia. El modelo de acumulación económica que se configuró después de la Segunda Guerra Mundial impulsó una transnacionalización de la actividad productiva, acompañada de una veloz internacionalización de los procesos tecnológicos y de trabajo que inauguraron una geografía de producción hasta entonces desconocida[7]. El desarrollo de la fabricación en cadena y el crecimiento del consumo a partir del aumento del poder adquisitivo fueron algunos de los requisitos para el funcionamiento de este sistema de producción, conocido con el nombre de *fordista*, que se caracterizó, entre otras cosas, por un consumo intensivo de la mano de obra. Este modelo de acumulación promovió la puesta en marcha de unas políticas de reclutamiento de mano de obra extranjera en los países altamente industrializados, donde la inmigración fue estimulada activamente. Simultáneamente, los países del Tercer Mundo eran empujados a permanecer como suministradores de materias primas. Sin embargo, algunos Estados como Brasil, Argentina o la India, llevaron adelante una política de sustitución de importaciones que pretendía impulsar una copia del modelo *fordista*.

Pero a principio de los años setenta, la crisis del petróleo, el desarrollo tecnológico, la deslocalización industrial y los cambios en las formas de organización del trabajo asalariado, eliminaron muchos puestos de trabajo. La política de reclutamiento de inmigrantes se detuvo y las fronteras se cerraron. La inmigración se convirtió en un problema. La reestructuración económica impulsada desde entonces ha originado mutaciones específicas en los mercados laborales, como el proceso de desregulación laboral, el desempleo como elemento estructural, la flexibilización de la mano de obra, la expansión de la economía informal o sumergida y la segmentación del mercado de trabajo, con una minoría de puestos estables y bien remunerados y una mayoría de trabajos inestables, inseguros, temporales y de bajos salarios y el aumento del trabajo *autónomo*. El incremento de trabajos de bajos salarios tiene en su base los mismos procesos económicos que llevaron parte de la producción industrial a países de mano de obra barata. Una porción importante de la producción tradicional de los países centrales, ahora desplazada, fue sustituida por otros sectores como el de servicios[8]. El crecimiento del sector servicios trajo consigo, junto a las tareas de gestión de empresas y profesiones de prestigio, muchos trabajos mal pagados. Estos nuevos empleos requerían cierto tipo de habilidades comunicativas y de manejo del idioma local, pero también supusieron una degradación de las condiciones de trabajo: contratos temporales, bajos salarios, inseguridad y pocas posibilidades de promoción. La flexibilidad sería (y es) una de las capacidades requeridas para trabajar en los nuevos sectores emergentes. Otro rasgo distintivo del escenario *posfordista* es el crecimiento de la economía informal, una gran consumidora de trabajadores irregulares.

(7) "Más concretamente, este modelo se fundaba en la expansión de la producción industrial; en el consumo masivo de las mercancías producidas; en el papel regulador del Estado que, además de mediar en el tradicional conflicto capital-trabajo, proporcionaba bienes de consumo público y se ocupaba de los fallos del mercado, habilitando políticas sociales que garantizasen la dinámica del modelo en su conjunto" (SANTOS Y GARCÍA CALAVIA, 1998, 11).

(8) El sector servicios representa más de dos terceras partes del valor agregado de los países de la OCDE y además "(...) los ingresos de las empresas clasificadas como manufactureras provienen mayormente de las ventas de servicios, lo que ha llevado a algunos autores a hablar de una 'encapsulación' de los servicios en las manufacturas" (CEPAL 2002, 5).

La globalización –caracterizada entre otras cosas por la dispersión de la producción, la hipermovilidad de los flujos de capital e información y el desarrollo de las tecnologías de la comunicación– genera, de forma paralela, una concentración de las tareas de comando e innovación en las ciudades globalizadas, desde donde se ejecutan esas actividades [SASSEN, 1999a)]. Esta aglomeración de funciones de mando promueve toda una gama de servicios avanzados para la producción (financieros, contables, jurídicos, publicitarios, de seguros, comerciales, a domicilio) que reemplazan a la industria como sector dominante de la economía. Muchos de estos servicios son realizados por mujeres e inmigrantes en condiciones de precariedad y bajos salarios. Así, un nuevo abismo se abre entre los trabajadores bien y mal pagados[9]. La emergencia de la ciudad globalizada va unida a una confluencia y polarización entre unos nuevos yacimientos de empleo en expansión, pero precarizados, y otros que aglutinan las tareas de control. Estas tendencias se manifiestan en la creciente segmentación y "etnificación" de los mercados de trabajo. Si bien algunos trabajadores inmigrantes se insertan en los empleos estables de altas calificaciones e ingresos, la gran mayoría lo hace en los sectores más desregulados. Por otra parte, esta oferta de trabajo para los inmigrantes incide sobre la composición y diversificación de los flujos migratorios Sur-Norte.

Mientras tanto, un sector manufacturero degradado, fragmentado y dominado se ubica en distintos puntos del planeta en función del coste de la fuerza de trabajo (VEGA SOLÍS y GIL ARAUJO, 2003)[10]. Las condiciones de flexibilidad en los países empobrecidos –crecimiento de desempleo, cierre de pequeñas y medianas empresas orientadas al mercado interno, reemplazo de la agricultura de supervivencia y para los mercados locales por las cosechas de exportación, deudas en aumento– promueven el crecimiento de los circuitos alternativos de supervivencia y la producción de rentabilidad y obtención de divisas a través de estos circuitos. Uno de los efectos de los Planes de Ajuste Estructural (PAE) ha sido la reducción de los puestos de trabajo en el sector formal, lo que ha supuesto una disminución de oportunidades de generar ganancia por las vías regulares, una caída del ingreso de los Gobiernos de estos países y una mayor preponderancia de modos informales de obtención de recursos por parte de la población y del Estado. La producción alimenticia, el trabajo en el sector informal, los diversos tráficos, el trabajo sexual y la emigración son actividades que paulatinamente van adquiriendo mayor peso como formas de garantizar ingresos.

Estos procesos de transformación se confirmaron en las décadas posteriores con una mayor concentración económica, la profundización de la brecha entre los países del Norte y del Sur y un aumento de las desigualdades entre ricos y pobres en casi todos los países del mundo. El final de la Guerra Fría y la desintegración del bloque socialista a finales de 1989 dieron lugar a un nuevo escenario, bautizado con el nombre de *Nuevo Orden Internacional*, que supuso la ex-

(9) Por ejemplo, en los Países Bajos es cada vez más notoria la polarización del mercado laboral: en uno de los extremos se encuentran numerosos miembros de las minorías étnicas, desempleados y con trabajos inseguros y mal pagados. En la otra punta, los blancos autochtonen (autóctonos), altamente educados, se concentran en los mejores segmentos del mercado laboral. La flexibilización, que sólo afecta a los mal pagados, podría agudizar la segmentación.

(10) Esta nueva división internacional del trabajo se produjo principalmente en ámbitos de mano de obra intensiva, como el textil o el electrónico, que encontraron condiciones de explotación más favorables (esto es, mano de obra barata y sin derechos, externalización de los costes ecológicos, reducciones fiscales, etc.) en diversos países del Sur.

pansión del sistema capitalista a escala planetaria. Estos cambios produjeron una modificación en las formas de percibir la inmigración y una variación de los patrones migratorios a escala mundial. Las migraciones *postfordistas* presentan unos contornos bien diferentes a las de los años sesenta:

(1) Mayor diversidad de orígenes y creciente feminización de los flujos en estrecha relación con las dinámicas de globalización que cada vez conecta a más territorios y países.

(2) Intensificación de las migraciones en un contexto de políticas restrictivas que han tenido como efecto la irregularización de ciertos movimientos de población.

(3) Migraciones ligadas a la expansión de la demanda de trabajo de aquellos sectores de la economía que están obligados a mantener unos costes de trabajo bajos y vinculación de los trabajadores inmigrantes al subempleo flexible y precario, en un contexto de desregulación laboral y sindical (PEDREÑO, 2005).

La denominada globalización económica no es un proceso único y homogéneo. Por el contrario, al combinarse con otras variables (políticas, económicas, históricas, geográficas, de clase, de género, etc.) produce realidades diversas y, sobre todo, desiguales, entre regiones, países y poblaciones[11]. De manera resumida se puede decir que el proceso globalizador potencia las migraciones internacionales al generar condiciones favorables para las mismas tanto en los países de origen como en los de destino. En los países de destino, mediante el proceso de desregulación laboral y la extensión de la economía informal que han favorecido la creación de puestos de trabajo de bajos sueldos, como la agricultura y la construcción, abandonados por la mano de obra local debido a las pésimas condiciones salariales y de trabajo; otros, como el área de servicios, componen el escenario de precariedad de los nuevos sectores estratégicos. En los países de origen, a través de los vínculos creados por las intervenciones militares, políticas y económicas, y a causa de las situaciones de empobrecimiento, desigualdad creciente y falta de alternativas para la supervivencia generadas por el impacto de la internacionalización económica y los modelos de desarrollo impuestos desde los países centrales. Entre los dos, sólidos puentes trenzados por la paulatina consolidación de las redes migratorias y el desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación, hacen plausible la emergencia de la emigración como una estrategia de resistencia al *no future*[12]. Sin embargo, las políticas de inmigración de estos Estados continúan siendo diseñadas como si la inmigración fuese un fenómeno unilateral y aislado. Interpretado,

(11) Los cambios propiciados por el proceso de internacionalización de la economía han tenido un impacto importante sobre la estructura económica, la organización política y las condiciones de vida de gran parte de la población de los países empobrecidos. La impronta globalizadora ha profundizado la brecha entre los grupos, países y regiones que comandan el proceso y el resto de la población mundial que lo padece. Los países más industrializados, donde se asienta el 14,7% de los habitantes del planeta, disfrutan del 68,4% del comercio mundial. Las economías de Europa oriental agrupan el 7,1% de la población y participan en el 4,1% de los intercambios internacionales. El resto de los países concentran el 78,1% de la humanidad y son responsables del 27,5% del comercio global (DOT KEET, 2002). El 70% de este comercio depende de las empresas transnacionales. El 90% de las 500 empresas más grandes del mundo tienen su casa central en EEUU, la UE y Japón (Colectivo IOÉ, 2002).

(12) Para un análisis de las migraciones internacionales en el marco de las relaciones Norte-Sur, GIL ARAÚJO, 2005.

a lo sumo, tan sólo desde factores explicativos que tienen que ver con los países de origen de los desplazamientos, como si las causas fueran exclusivamente suyas, pero mostrándolos de forma desvinculada a factores relacionados con los países de destino y/o con otros procesos globales internacionales. Pero, como apunta Saskia SASSEN (2001), los Estados pueden insistir en tratar la inmigración como el resultado conjunto de acciones individuales, pero no pueden escapar a las consecuencias de estas dinámicas de mayor alcance.

III. EL CONTEXTO EUROPEO: DE LOS RECLUTAMIENTOS A LAS FORTIFICACIONES E ISLAMOFOBIAS

Después de la Segunda Guerra Mundial el proceso de reconstrucción económica de Europa y el impulso del sistema de producción *fordista* acrecentó la necesidad de trabajadoras y trabajadores extranjeros. Durante la década de los años cincuenta y sesenta, en los países del centro y norte de Europa, debido en parte a los altos niveles educativos de la población local, el sector industrial sufrió una carencia de mano de obra poco cualificada que fue reemplazada por la contratación de extranjeros[13]. El desarrollo económico estaba explícitamente vinculado con la demanda de inmigrantes. Los Gobiernos de algunos países europeos –como Alemania, Francia, Suiza, Bélgica o Países Bajos– pusieron en marcha una política de reclutamiento de mano de obra extranjera en las colonias y ex colonias o mediante el modelo *Gasterbeiter* o de "trabajador invitado". En la década de 1950, Italia ocupaba el primer lugar como país europeo exportador de mano de obra. En los años sesenta España y Portugal pasaron a los primeros puestos, seguidos por Grecia y Yugoslavia. Paralelamente, Argelia, India, Pakistán y los Estados caribeños se afirmaban como los principales territorios no europeos exportadores de fuerza de trabajo. En los años siguientes las principales fuentes de mano de obra extranjera fueron Turquía, Marruecos y Túnez. Entre 1960 y 1973 el número de trabajadores extranjeros residentes en la Comunidad Económica Europea se duplica, pasando de 3.300.000 a 6.600.000, es decir, del 3 al 6% de la fuerza de trabajo (SASSEN, 1999).

El inicio de la década de los años setenta marca, sin embargo, el comienzo de una profunda reestructuración económica y social de alcance mundial que afectó de manera directa a la organización de los mercados laborales. El desarrollo de las nuevas tecnologías de producción y comunicación había allanado el camino para la automatización del proceso productivo y el fraccionamiento espacial de la producción. Por una parte, la revolución microelectrónica redujo la demanda de trabajadores poco cualificados en el sector industrial. Al mismo tiempo, los capitales y los empleos se exportaron hacia países con mano de obra más barata, dando lugar a un proceso de deslocalización industrial. Ambas dinámicas implicaron una progresiva disminución de la necesidad de mano de obra en los países industrializados, lo que redujo los niveles de empleo de los trabajadores inmigrantes concentrados en esos sectores laborales. El desempleo de larga duración se transformó en un elemento estructural de las sociedades europeas.

(13) En los Países Bajos, por ejemplo, en 1970, el 80% de los trabajadores extranjeros trabajaba en el sector industrial y más del 90% realizaba trabajos poco cualificados (VERRMULEN Y PENNINX 2000).

La política de reclutamiento de trabajadores extranjeros se detuvo y a partir de 1973 la mayor parte de los países importadores de mano de obra comenzaron a imponer medidas restrictivas para los nuevos inmigrantes e intentaron repatriar a los trabajadores extranjeros que se encontraban en sus territorios.

Las y los trabajadores "inmigrantes" fueron insertándose por los recodos y nichos laborales a los que da lugar la economía informal o sumergida y la segmentación del mercado que sobreviene con el proceso de desregulación laboral. Quedan así instalados en la *precariedad como estado*, en posiciones de alta inestabilidad económica, de pobreza y de escaso reconocimiento social y público, encarnando las figuras de la nueva cuestión social (CASTEL, 1997). Pero a pesar de lo que gobiernos y empresarios esperaban, los trabajadores inmigrantes no retornaron a sus países de origen y amparados por la legislación trajeron a sus familias. De este modo, su presencia pensada como temporal se transforma en permanente y la inmigración comenzó a ser percibida como un problema para el orden nacional (FAVELL, 1997), que cuestiona el vínculo y contraprestaciones establecidas entre el Estado Nación y su ciudadanía. La inmigración pensada hasta entonces como fuerza de trabajo se descubre en términos de *población*. Situación que concretó de forma magistral el escritor suizo Max Frisch (1965) con su conocida frase: "Pedimos mano de obra... y nos llegaron personas". A partir de los años ochenta la *integración* de inmigrantes o minorías emergió como campo de intervención estatal específica.

Según datos recogidos en el informe de la Comisión Mundial de las Migraciones Internacionales (2005) en el año 2005 en Europa[14] vivían, 56.100.000 inmigrante, lo que representa el 7,7% de la población europea y el 32% de los migrantes internacionales (NACIONES UNIDAS, 2006). Si bien los refugiados presentan el 5% de la población extranjera, en los últimos años la principal preocupación de los países del centro y norte de Europa ha sido la llegada de solicitantes de asilo de otras partes del mundo que en su mayoría no cumplen con los criterios establecidos por estos países. Otro de los aspectos que está recibiendo mayor atención es la migración familiar (KOFMAN y KRALER, 2006), ya que en algunos países se ha consolidado como la principal vía de inmigración regular: el 70% en Francia, 50% en Dinamarca, Noruega y Suecia, un 40% en Suiza y Austria y un 40% de la inmigración en Portugal.

En el ámbito de la UE, la cooperación sobre inmigración y asilo comienza a mediados de los años setenta, en el marco de la puesta en práctica del cierre de fronteras y la denominada "inmigración cero"[15]. Estas políticas, vigentes en la actualidad, promovieron la cooperación intergubernamental europea en materia de inmigración, que inició su andadura en 1985, en el marco del Grupo de TREVI sobre terrorismo y seguridad interior. La vinculación entre inmigración y delito se afianzó con el Acuerdo de Schengen, que conecta la supresión de las fronteras interiores del espacio comunitario con el reforzamiento de los bordes externos, como forma de garantizar la seguridad dentro de ese espacio común. Las migraciones fueron reconceptualizadas como uno de los peligros a combatir, junto con el terrorismo, el tráfico de drogas y el crimen

(14) Excluidos los ex Estados soviéticos del Este europeo.

(15) Para un análisis del proceso de construcción de la política migatoria comunitaria, que aquí solo puede apuntarse, GIL ARAÚJO, 2006.

organizado, lejos del marco de la economía política, bajo el cual, alguna vez, fue subsumido. Posteriormente, la desaparición de la confrontación Este-Oeste ha modificado profundamente las nociones de seguridad vigentes hasta entonces, dando lugar a la emergencia de un nuevo discurso que define la criminalidad como la principal fuente de amenazas al espacio común de Libertad, Seguridad y Justicia. Mafias, narcotraficantes, inmigrantes ilegales, tráfico de seres humanos, comercio ilegal de armas y de diamantes, crimen organizado y terrorismo, son algunos de los peligros que asechan a la UE y han reemplazado el enfrentamiento con potencias o bloques extranjeros militarizados.

En los últimos años del siglo pasado las autoridades europeas habían admitido el fracaso de su política de pretendida "inmigración cero" y comenzaron a revisar las limitaciones impuestas a la inmigración laboral. Sin embargo las medidas aplicadas por los Gobiernos occidentales como respuesta a los ataques contra el Pentágono y el *World Trade Center* volvieron a colocar el tema de las migraciones en el ámbito de la seguridad. La *lucha contra el terrorismo* ha impactado de manera inmediata en las formas de percibir y gestionar la inmigración[16].

La figura del "inmigrante", muy especialmente la del "musulmán", resultó atrapada bajo la sospecha, y los discursos que vinculan la inmigración ilegal con el terrorismo adquieren cada vez mayor fuerza. Pareciera de este modo que la justificación del estrechamiento de las fronteras europeas, especialmente las físicas pero también las simbólicas, está servida (AGRELA, 2007). El centro etimológico del terrorismo se hace depender de la *cultura árabe* y la religión musulmana. Se genera todo un entramado narrativo en torno a la mayor o menor integrabilidad de los "inmigrantes" en el que las cuestiones culturales y religiosas se presentan como factores claves (AGRELA Y GIL, 2005).

En este contexto de *islamofobia* (MARTÍN, 2004), tiene lugar un progresivo proceso de "selección de inmigrantes", con un lugar una importante para la armonización de las prácticas de control de frontera y de la regulación de los visados. Mediante reglamento[17] en 2001 se elabora una lista de "países terceros" cuyos nacionales obligatoriamente han de obtener un visado para cruzar las fronteras exteriores de la Unión Europea, y también otra de los que quedan exentos. En el inventario referido a la obligación de visado son incluidos 134 países, la mayor parte de ellos coinciden con los de procedencia de las y los "inmigrantes" que residen en la UE, queriendo con esta medida imponer mayores trámites y trabas administrativas a la inmigración procedentes de determinadas zonas geográficas. Ecuador, Colombia, República Dominicana, Perú y Cuba figuran en esa lista.

Al tiempo que se han ido criminalizando y problematizando los desplazamientos humanos, y sobre todo, la presencia de extranjeros en el contexto europeo, las decisiones sobre cómo manejar las migraciones han ido desvinculándose cada vez más de los Estados nacionales. La soberanía y el territorio siguen siendo características claves para comprender la gestión de la

(16) Para más detalles ver GIL ARAÚJO 2002.

(17) Reglamento 539/2001, de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de países terceros cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores de la UE, *DOCE* 2001 L81/1.

inmigración, pero han de ser interpretadas en clave del sistema internacional dado que los procesos económicos, políticos e ideológicos trascienden lo nacional (SASSEN, 2001). Como explica esta autora, pensar en la inmigración, bien sea a nivel municipal o nacional, es un ejercicio sumamente complejo en la medida en la que nos remite a procesos globales que a menudo sobrepasan los espacios estatales. Si bien las políticas de integración social siguen siendo consideradas como una responsabilidad estatal y regional, no podemos, sin embargo desentendernos fácilmente de lo que acontece en la dimensión supranacional para explicar los discursos, políticas y prácticas nacionales, autonómicas y locales[18].

IV. EL CONTEXTO LATINOAMERICANO: VISIBILIZANDO "LAS OTRAS MIGRACIONES"

Las migraciones internacionales han sido también un elemento crucial en la historia social, política y económica de América Latina. Desde la época de la conquista[19] y el posterior proceso de colonización, hasta mediados del siglo XX el continente recibió una gran cantidad de población procedente de Europa, África, y, en menor medida, Asia (China, India y Japón) y Oriente medio. Entre los siglos XVII y el XIX fueron comercializados más de quince millones de esclavos para trabajar en las plantaciones y minas del continente americano que operaron como pieza fundamental para el impulso económico de los imperios coloniales europeos. "La acumulación de capital que permitió este sistema sentó las bases para el desarrollo de la primera fase de la globalización" (CEPAL, 2006, 21).

Más tarde, entre la segunda mitad del siglo XIX y primera del XX, América Latina recibió importantes contingentes de inmigrantes europeos, principalmente del sur de Europa, alentados por las situaciones de empobrecimiento provocadas por las profundas transformaciones de las estructuras agrarias y productivas de sus zonas de origen, así como por las políticas desplegadas por los gobiernos de los países receptores para atraer mano de obra y colonos para poblar el territorio nacional (COOK MARTÍN, 2005)[20]. "La inmigración europea a Latinoamérica y el Caribe fue un correlato de la integración de la región en el circuito económico internacional." (CEPAL, 2006, 83)[21]. Si bien los movimientos de población internacional disminuyeron entre la Primera

(18) Para más detalles ver AGRELA 2006.

(19) Estimaciones basadas en el Archivo de Indias y recogidas por la CEPAL (2006, 84), calculan que entre 1504 y 1650 llegaron a la región 450 mil personas procedentes de lo que hoy se conoce como España. Durante el primer siglo el 95% eran hombres, pero cien años después las mujeres representaban el 35% del total.

(20) Argentina, Uruguay y el sur de Brasil fueron los principales receptores de estas corrientes. En 1860 el 33% de la población uruguaya y el 30% de la población argentina censada había nacido en el extranjero. En algunos casos también se promovió la inmigración de trabajadores de otras zonas, como la contratación de chinos para la construcción del ferrocarril o para trabajar en las minas en Brasil y Chile (CEPAL, 2006).

(21) Según recoge un texto de la CEPAL (2006), se calcula que entre 1824 y 1924 unos 52.000.000 de personas integraron las corrientes migratorias intercontinentales, de los cuales 11.000.000 (21%) se dirigieron hacia América Latina. La mitad de ese total se desplazó a la Argentina y el 36% a Brasil. El 38% eran italianos, el 28% españoles y el 11% portugueses. Los italianos predominaron hasta 1905, siendo reemplazados posteriormente por los españoles. Entre 1881 y 1924 el 45% de los emigrantes italianos se trasladaron a otros países europeos, el 30% viajó a EE UU, el 13% a Argentina y el 9% a Brasil.

y la Segunda Guerra Mundial (1914-1945), América del Sur continuó alentado la llegada de inmigrantes con el objetivo de aumentar la fuerza laboral. Inmediatamente después del fin de la guerra llegaron a la región cerca de 2.000.000 de personas, que se dirigieron principalmente hacia Venezuela, Argentina, Chile y Cuba, pero a finales de los años cincuenta la inmigración europea se detuvo[22]. El fin de la Segunda Guerra Mundial había marcado el inicio de un nuevo modelo de acumulación económica, cuya primera fase (1945-1971) se caracterizó por un fuerte desarrollo de las economías europeas y norteamericanas, que entre otras cosas generó una importante demanda de trabajadores extranjeros. El patrón migratorio de América Latina se fue transformando, de receptora de inmigración en un par de décadas pasó a convertirse en una de las regiones con los niveles más altos de emigración. Desde los años setenta la emigración latinoamericana y caribeña hacia EE UU ha crecido de modo constante.[23] A principios del siglo XXI el 1,1% de la población de la región era inmigrante mientras los emigrantes representaban el 4%. De 21.000.000 de emigrantes en 2000 se ha pasado a 26.000.000 en 2005, lo que equivale al 13% de los 200.000.000 de migrantes internacionales (CEPAL, 2006). En la última década España se ha ido configurando como el segundo destino de las corrientes migratorias de la región.

Este cambio en el patrón migratorio refleja mutaciones sustanciales propiciadas por el proceso de internacionalización económica, que han tenido un fuerte impacto sobre la estructura económica, la organización política y las condiciones de vida de gran parte de la población de los países latinoamericanos. La crisis de la deuda de 1982 marcó un punto de inflexión a partir del cual se instauró un nuevo modelo de corte neoliberal, denominado Consenso de Washington, que impulsó la desregulación económica y la preponderancia del sector exportador como vías de inserción en el mercado mundial. Estas políticas formaron parte de los Planes de Ajuste Estructural (PAE), impuestos por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM).

En general, las medidas aplicadas en el marco del Consenso de Washington dieron lugar a un nuevo modelo de crecimiento económico orientado hacia el mercado externo, que ha insertado a estos países en la economía mundial en una situación tremendamente vulnerable, que tiende a difundir la pobreza y a profundizar las desigualdades sociales. De forma sintética, se puede sostener que las políticas neoliberales aplicadas en los países de América Latina han generado el crecimiento de la deuda externa, el recorte de los gastos sociales, la precarización del empleo, la extensión de la economía informal, el aumento de la pobreza, más concentración económica y la profundización de las desigualdades.

(22) El detenimiento de este flujo y el envejecimiento de los inmigrantes ha provocado una constante disminución del peso de esta población en la región latinoamericana. En 1970 estaban censados 4.000.000 de inmigrantes de ultramar y en 2000 eran 1.900.000. De representar el 76% del total de inmigrantes en 1970, descendieron a un 41% en 2000. Paralelamente ha crecido el peso de las migraciones intraregionales, que han pasado de representar el 23,9% en 1970 al 60,6% en 2000. Los países con mayor número de inmigrantes nacidos fuera de América Latina y el Caribe son Argentina (490.823), Brasil (539.299), México (428.650) y la República Bolivariana de Venezuela (261.499) (CEPAL 2006, 86).

(23) Según el censo de 2000, los principales países de origen de la inmigración latinoamericana y caribeña residente en los EE UU son México (9.177.485), Cuba (872.715), El Salvador (817.335), República Dominicana (687.675), Jamaica (553.825), Colombia (509.870) y Guatemala (480.665). (CEPAL, 2006, 109).

El impulso de las políticas diseñadas por las agencias internacionales ha tenido costes enormes para gran parte de la población latinoamericana: cierre de empresas orientadas al mercado local, destrucción de la agricultura de subsistencia y para el consumo interno, mayor desempleo y subempleo, extensión de la economía informal y aumento de la deuda externa. Han disminuido los puestos de trabajo en el sector público y en las empresas privadas y han aumentado en el sector informal. Muchos trabajadores han visto reducir sus sueldos. El empobrecimiento por desempleo, subempleo y recesión son las tendencias que han predominado a lo largo de los últimos veinte años[24]. La naturaleza de los empleos creados lleva a nuevas formas de pobreza. En Ecuador entre 1995 y 2000 el número de pobres aumentó de 3.900.000 a 9.100.000. A mediados de los años setenta, siete de cada diez argentinos integraban la franja de ingresos medios. A finales de 2002 la relación había descendido a cuatro de cada diez (BURGO, 2002).

El incremento de la desigualdad es otro de los efectos de la mundialización económica y la región latinoamericana se distingue actualmente por ser la que registra el mayor nivel de desigualdad del planeta: el 5% de la población más rica obtiene el 25% de los ingresos, mientras que el 30% más pobre sólo recibe el 7%. El coeficiente de Gini, utilizado para medir la desigualdad de los ingresos, es el peor del planeta. En Bolivia, Brasil y Nicaragua los ingresos del 20% más rico de la población son treinta veces superiores a los que recibe el 20% más pobre. En Argentina, entre 1975 y 2002, todos los sectores, con excepción de los más ricos, perdieron participación en la distribución del ingreso. Durante esos años, los 31.000.000 de argentinos de los estratos medios y bajos han transferido un promedio de 250 dólares anuales a los 5.000.000 de personas que componen los grupos más ricos (BURGO, 2002). El ajuste económico ha tenido un impacto mayor en la población femenina, ya que las mujeres son en general las responsables de la subsistencia de las familias, por lo que se ven obligadas a emplearse de manera formal o informal, buscando paliar el déficit de ingresos. Algo que, como se apuntaba anteriormente, se refleja en el sostenido proceso de feminización de lo que la socióloga Saskia SASSEN (2003) denomina circuitos alternativos, entre los que figuran la emigración. “Es por ello que ha cobrado cuerpo la creciente aceptación de la emigración como alternativa para enfrentar las difíciles condiciones de vida, la incertidumbre laboral y la disconformidad con los resultados del patrón de desarrollo” (CEPAL, 2006, 28).

A) Migrantes latinoamericanos en los circuitos alternativos de la globalización

El proceso de globalización suele explicarse en función de un conjunto de cambios cuantitativos (aumento del comercio exterior, incremento de los movimientos del capital, internacionalización del proceso de producción) que al mismo tiempo han supuesto importantes modificaciones cualitativas en los patrones de los sistemas comerciales y productivos. “Las migraciones han jugado un papel importante en este proceso, aunque esta relación ha estado muy cargada

(24) Como concluye un informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “En América Latina y el Caribe ya son notorios los primeros impactos de los procesos de transnacionalización productiva sobre el empleo y, dicho sencillamente, son menguados. (...) no sólo no generan oportunidades concomitantes de empleo sino que además acarrean efectos negativos sobre las pequeñas y medianas empresas menos competitivas; éstas, corresponde decirlo, son las principales generadoras de empleo” (MARTÍNEZ PIZARRO, 2000, 34).

de contradicciones y tensiones, en particular cuando se las analiza junto a las transformaciones señaladas y sus consecuencias sobre la movilidad de las personas" (CEPAL, 2006, 20).

Los movimientos de población son una corriente más, que se añade a los flujos económicos, culturales y tecnológicos que conforman el mundo global. Los países latinoamericanos no han estado ajenos a estas dinámicas, por el contrario, como bien señalaba el título de un artículo aparecido en el diario *El País* (12 de octubre de 2005, 10), América Latina es también *fábrica de emigrantes*. La población latinoamericana compone las corrientes migratorias internacionales, tanto hacia los países desarrollados, principalmente Estados Unidos y Europa, como entre los países de la región. Los principales países receptores en términos absolutos, según datos del 2000, son Argentina[25] (1.531.000 inmigrantes), seguida por Venezuela (1.000.000) y Brasil (683 mil). En términos relativos, Costa Rica registra la mayor proporción de población extranjera, con un 7,5% (mayoritariamente de Nicaragua), le siguen Argentina y Venezuela con un 4,2%, Paraguay 3,1% y Panamá con 2,9%. Por el lado de los emisores figuran México (9.277.000 emigrantes fundamentalmente hacia EE UU), la Comunidad del Caribe (1.800.000), Colombia (1.441.000), Cuba (973 mil) y El Salvador (911 mil). En cuanto al impacto relativo de la emigración, muchos países caribeños tienen más de un 20% de su población residiendo en el extranjero, 14,5% en el caso de El Salvador, 9,6% Nicaragua, 9,4% México, 9,3% República Dominicana, 8,7% Cuba y 8,3% Uruguay (CEPAL, 2006).

En 2005 había más de 19.000.000 de inmigrantes latinoamericanos y caribeños residiendo en los EE UU, quienes junto con sus descendientes constituyen la primera minoría de ese país, clasificada como comunidad latina y que según los datos del censo de 2000 engloba a 35.300.000 personas. Si bien EE UU continúa siendo el principal punto de destino de la emigración de la región, desde comienzos de los años noventa la geografía de los flujos migratorios latinoamericanos se ha diversificado. Las condiciones en los países de origen, la demanda de mano de obra en los países de destino, la consolidación de redes migratorias y la existencia de vínculos históricos, explican en parte la creciente ampliación de los destinos migratorios. Más de 3.700.000 emigrantes de la región residen en Europa –Países Bajos y Reino Unido para los caribeños, España en el caso de los latinoamericanos y Portugal, Francia e Italia para los sudamericanos (PELLEGRINO, 2004)– Canadá, Japón, Australia e Israel.

El crecimiento de la presencia latinoamericana en el territorio español evidencia la importancia de los vínculos coloniales e históricos entre España y América Latina, pero muestra además, la configuración de España como destino alternativo a EE UU. La presencia de inmigrantes latinoamericanos en España adquirió cierta relevancia al inicio de los años sesenta, momento en el que comienza a invertirse la tendencia migratoria anterior[26]. En aquel entonces, la colonia más numerosa era la cubana, que había ingresado mayoritariamente como exiliada, huyendo de la Revolu-

(25) Sobre inmigación en Argentina, entre otros: Mera et al. 2005, Grimson y Jelin 2006; Cohen y Mera 2005, Domenech 2005.

(26) Entre 1850 y 1950 3.500.000 españoles emigraron hacia América. A principios del siglo XXI 300.000 personas nacidas en el Estado español residían en territorio latinoamericano, principalmente en Argentina (134.417), Venezuela (76.654) y Brasil (43.604). (CEPAL 2006).

ción. Al inicio de los años setenta disminuyó el peso de los cubanos y creció en un 45% el número de extranjeros procedentes de Uruguay, Chile y Argentina. En los años ochenta los inmigrantes de Sud y Centro América se duplicaron y se fortaleció la presencia de colombianos, dominicanos y peruanos. Después del proceso de regularización de indocumentados de 1991, salieron a la luz muchos inmigrantes llegados a finales de los ochenta. Los argentinos siguieron siendo los más numerosos, pero con el mismo peso relativo que dominicanos y peruanos. Durante los años noventa los principales Perú y Colombia fueron países de origen de la inmigración procedente de América Latina. A principios del 2000 el número de inmigrantes ecuatorianos creció hasta ocupar el segundo lugar, después de Marruecos. Según datos del Observatorio para la Inmigración de junio de 2006, América Latina es la principal región de origen de la población inmigrante residente en España. La inmigración latinoamericana representa el 35,10% del total de los 2.804.303 extranjeros con tarjeta o autorización de residencia en vigor; el 53,94% son mujeres.

Los movimientos de población intraregionales son un componente esencial del sistema migratorio latinoamericano y caribeño, resultado de las históricas relaciones sociales, políticas, económicas y culturales entre los distintos países. A lo largo de los años noventa la movilidad intraregional aumentó con respecto a la década anterior, llegando a involucrar a casi 3.000.000 de personas. Datos del 2000 establecen que los inmigrantes de la región representan más del 60% del total de población inmigrante registrada. Si bien se han mantenido los destinos tradicionales, algunos países han comenzado a combinar su condición de receptores con la de emisores, al tiempo que otros se van configurando como nuevos destinos. Entre muchos factores para explicar estos cambios, la CEPAL (2006) destaca las crisis económicas y políticas que afectan a algunos países de la región y la relativa estabilidad alcanzada por otros, como Costa Rica y Chile, que se han convertido en lugares de recepción.

Gran parte de los movimientos de población regionales son migraciones laborales, tienen una larga historia y han dado lugar a la conformación de importantes comunidades de inmigrantes en los países de destino: colombianos en Venezuela[27]; nicaragüenses en Costa Rica; uruguayos, chilenos, bolivianos y paraguayos en Argentina[28] y haitianos en República Dominicana. Otros países tradicionalmente emisores, como Chile o Paraguay, se están configurando como recep-

(27) Venezuela se transformó en país receptor de inmigración regional en los años setenta, por el *boom* petrolero y las políticas de captación de mano de obra especializada que impulsaron los distintos gobiernos, época en la también se dio refugio a muchos exiliados de los países del Cono Sur. "Con posterioridad, las diferencias salariales en su favor, las redes sociales y la mayor estabilidad social, actuaron como factores para atraer a gran número de colombianos, atractivo que se ve mermado a partir de la década de 1980, pero que no impidió que ingresaran nuevos inmigrantes en las últimas dos décadas" (CEPAL 2006, 91). Los colombianos representan hoy el colectivo más numeroso de los inmigrantes asentados en Venezuela y a su vez en Venezuela reside el 90% de los 700.000 inmigrantes colombianos de la región.

(28) La presencia de inmigrantes limítrofes en territorio Argentino tiene una larga tradición. En 1914 fueron censadas más de 200 mil personas procedentes de Chile, Paraguay, Bolivia, Brasil y Uruguay. Esta inmigración ha representado históricamente entre el 2% y el 3% de la población total del país, si bien el peso de una u otra nacionalidad ha variado. En años más recientes ha crecido la inmigración procedente del Perú. Los trabajadores latinoamericanos suelen insertarse en los sectores agrícola, industrial, comercio y servicios.

tores de mano de obra[29]. Pero en otros casos los desplazamientos han sido provocados por algún conflicto bélico, como fue el caso de los refugiados guatemaltecos en México durante los años ochenta, o la actual presencia de población desplazada en la zona fronteriza de Colombia y Ecuador, fuertemente militarizada, por la aplicación del Plan Colombia (Programa Andino de Derechos Humanos, 2005).

Uno de los rasgos mas destacados de la migración entre los países latinoamericanos a partir de la década de los años ochenta es su proceso de feminización; una tendencia que también se registra en las corrientes que se dirigen hacia Europa (Martíneza Pizarro, 2003; Cortés Castellanos, 2005; CEPAL, 2006). Según datos de 2000, existe una mayor proporción de mujeres en la inmigración regional asentada en Guatemala, Argentina y Chile, con un índice de masculinidad de 74,7; 84,6 y 87,0 respectivamente[30]. En el polo opuesto se encuentra República Dominicana, Paraguay y Brasil, cuyos índices de masculinidad son de 154,0; 107,3 y 120,0 (CORTÉS CASTELLANOS, 2005, 30). Esta diferencia en la composición de las corrientes migratorias según el género está fuertemente influenciada por la demanda de los mercados laborales: servicios en el primer grupo de países y agricultura en los segundos. Otra importante característica de los movimientos de población intraregionales es la mayor concentración de la población inmigrante en zonas urbanas, sobre todo en el caso de las mujeres (CEPAL, 2006). También es de destacar la alta proporción de irregularidad (MARTÍN QUIJANO, 2006).

En cualquiera de sus variantes, mujeres y hombres latinoamericanos ingresan en las estrategias de supervivencia de sus países a través del envío de remesas, que para muchas economías representa una de las principales fuentes de divisas. El total de remesas supera a las Inversiones Extranjeras Directas y la Ayuda Oficial para el Desarrollo en la región. Según datos de la CEPAL (2006, 76) estos envíos superaron los 40 mil millones de dólares en 2004, confirmando el lugar de América latina y el Caribe como principal zona receptora de remesas (PELLEGRINO, 2004). México es el país que recibe mayor cantidad de dinero de sus emigrantes –cerca de 17.000 millones de dólares en 2004–, seguido por Brasil y Colombia (CEPAL, 2006). Pero en términos relativos el impacto de estos ingresos es mucho más significativo en las economías de Haití, El Salvador, Nicaragua y República Dominicana, donde representan el 24, 14, 11 y 10% del PIB respectivamente (CEPAL 2006)[31]. Según un informe presentado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), las remesas recibidas por los países Latinoamericanos durante 2006 superarán los 60.000 millones de dólares, el 75% procedente de los inmigrantes residentes en EE UU. (Inter-American Development Banck, 2006). Por su parte, el Banco de España estima que las remesas enviadas en 2006 por los inmigrantes latinoamericanos residentes en territorio es-

(29) En Paraguay la construcción de grandes obras hidroeléctricas y la ampliación de la frontera agrícola han incentivado el retorno y la inmigración limítrofe. En el caso de Chile, su mayor estabilidad económica y política lo ha convertido en receptor de población inmigrante a partir de los años noventa, principalmente mujeres procedentes de Perú y Ecuador que trabajan en el servicio doméstico y en el sector de la salud.

(30) Sobe la inmigración femenina en Argentina y Chile, CACOPARDO *et al.* 2005.

(31) El 80% de las remesas recibidas en El Salvador, Guatemala y Nicaragua se utilizan para alimentación. En América Latina son pocas las experiencias exitosas de uso productivo de las remesas.

pañol superarán los 7.000 millones de dólares. Ecuador, Colombia y Bolivia son los principales receptores de ese dinero en la región[32].

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las migraciones son un elemento integral de la economía mundial. El hecho migratorio se produce y responde a un contexto internacional globalizado cuyas transformaciones económicas, tecnológicas, políticas y sociales afectan de manera diferencial a unas y otras personas, a unas y otras regiones, si bien todos los países se ven condicionados de una u otra forma por ellas. En los últimos años, ha aumentando el número de países y la cantidad de personas involucradas en las corrientes migratorias internacionales, por razones tan variadas como la búsqueda de mejora económica, causas políticas (como refugiados o asilados políticos), para realizar estudios, para reunirse con familiares... Además, los actuales desplazamientos han de ser analizados atendiendo a su estructura de género. La creciente feminización de las migraciones está directamente relacionada con los cambios de producción y reproducción a nivel mundial, que dan lugar, en los contextos de origen, a la feminización de la pobreza, y en los contextos de destino, a la demanda de mano de obra segregada por género para la realización de actividades de cuidados y servicios que no cubren los erosionados Estados de Bienestar. La complejidad de la movilidad humana responde a factores muy diversos, que no siempre son controlados por las personas que deciden migrar, y que están relacionados con circunstancias, contextos y momentos históricos tanto individuales como globales.

La expansión de los circuitos alternativos impide que sea visible la fuerza de trabajo involucrada en los procesos de producción y reproducción globales. La vinculación entre el impacto de los modelos de crecimiento económico y el aumento y feminización de los circuitos alternativos transfronterizos permite observar las implicaciones del proceso de mundialización en sus alcances y especificidades concretas. Esta aproximación desvela el papel de las personas de escaso valor social (como suelen ser considerados los y las inmigrantes de países del Sur) como destacada fuente de beneficios. Muchas de las personas consideradas pobres, con presencia creciente en estos circuitos, lejos de ser una carga o un lastre, como comúnmente se las define, son una importante fuente de ingresos de familias, empresas y Estados.

Según datos recientes de la ONU el 60% de los desplazamientos se dirigen hacia países desarrollados, mientras el otro 40% de los 200.000.000 de inmigrantes internacionales siguen migrando "de sur a sur", de un país en desarrollo a otro (Comisión Mundial..., 2005, 6). Pero a pesar de su importancia, estos movimientos suelen estar invisibilizados y/o no considerados en los discursos políticos emitidos desde los países más prósperos, como es el caso de los europeos, que tienden a presentar el hecho inmigratorio como si se tratara de un fenómeno "que sufre" exclusivamente la Unión Europea.

(32) *http://www.hoyinversion.com/reportajes-economia/remesas-niveles-record_200611271238.html.*

Igualmente se suele distinguir entre "países de origen" y "países de destino" en base a lo cual un Estado organiza su política y legislación migratoria, ya sea centrándose en la admisión, el empleo y la estancia de extranjeros en su territorio en el primer caso, o en la organización de la emigración de sus ciudadanos y en la protección de nacionales en el extranjero cuando se trata de los segundos (Naciones Unidas, 2006, 30). Sin embargo, muchos de los países (y cada vez más) son al mismo tiempo emisores y receptores de población migrante, como claramente pone de manifiesto la compleja realidad migratoria de los distintos países de América Latina.

A pesar de su carácter estructural y de los numerosos efectos positivos que se derivan de los movimientos migratorios, tanto a nivel económico, como demográfico o social, en la actualidad los Estados tienden a obstaculizar y negativizar algunos de estos desplazamientos. Perduran las actitudes negativas hacia las y los inmigrantes, tanto a nivel político como social, muy a pesar de que los gobiernos reconocen la necesidad de mano de obra para trabajos que tan sólo los extranjeros/as están dispuestos a llevar a cabo. Como se incide en el informe de la Comisión Mundial de las Migraciones Internacionales (2005), las políticas de integración y acción social tienen pocas probabilidades de generar resultados positivos si no se completan con políticas apropiadas en muchos otros sectores que inciden y son afectados por las migraciones internacionales. La cuestión de la movilidad humana no puede abordarse de modo aislado ni unilateral.

Los Estados seleccionan la entrada de extranjeros a sus territorios pero dedican poca atención e inversión a los aspectos relacionados con la integración/incorporación de los inmigrantes, y su limitando acceso a determinados recursos y prestaciones sociales, que van a menudo acompañados de discursos de rechazo y aversión hacia su presencia. Es más, en muchos casos puede sostenerse que las propias políticas de Estado, tanto migratorias como laborales y sociales, abonan las situaciones de vulnerabilidad de los y las trabajadores inmigrantes.

No existe un modelo simple o único para la incorporación efectiva de los migrantes en las sociedades de inmigración, aunque los mejores ejemplos, como se explica en el informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones (2005), suelen encontrarse en los países donde hay un amplio consenso entre partidos políticos sobre el tema de las migraciones. Así como cuando los Estados y las administraciones públicas se implican directamente en el diseño y gestión de las prácticas de integración, que son más efectivas que cuando éstas se derivan e implementan exclusivamente por las Organizaciones No Gubernamentales desde un planteamiento puramente asistencial (AGRELA y DIETZ, 2006).

El proceso de integración socioeconómica, aun modulándose a partir de los condicionales estatales y supraestatales, tiene lugar fundamentalmente en el espacio local. Por lo tanto las políticas aplicadas para promover este proceso deben adaptarse a cada situación, teniendo en cuenta los particulares contextos jurídicos, sociales y económicos, así como las diversas circunstancias y características de los migrantes, sin olvidar tampoco la de otros grupos sociales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

– Belén AGRELA ROMERO (2007): "El efecto dominó del levantamiento de fronteras. La política española de extranjería e inmigración en el contexto de la Unión Europea", en SANTIBÁÑEZ, Jorge y CASTILLO, M. Ángel: *Nuevas tendencias y nuevos desafíos en la migración internacional,* México: Colegio de México.

– (2006): *Análisis antropológico de las políticas sociales dirigidas a la población inmigrante*. Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales, Universidad de Granada, Tesis Doctoral.

– Belén AGRELA y Gunther DIETZ (2006): "Nongovernmental and Governmental Actors? Multilevel Governance and Immigrant Integration Policy in Spain", in TSUDA, Taeyuki (Ed.): *Local Citizenship in Recent Countries of Immigration. Japan in Comparative Perspective,* Oxford: Lexignton Books.

– Belén AGRELA ROMERO y Sandra GIL ARAÚJO (2005): "Constructing Otherness. The management of immigration and diversity in the Spanish Context", en *Migration: European Journal of International Migration and Ethnic Relations*, volume 43-44-45.

– Ezequiel BURGO: "El mapa latinoamericano de la desigualdad", *Le Monde Diplomatique*, noviembre de 2002 (edición Cono Sur).

– Cristina CACOPARDO, Silvia CHEJTER, Brenda PEREYRA, Graciela VARELA (2005): *Migraciones, globalización y género. En Argentina y Chile,* Programa Mujeres y Movimientos Sociales en el marco de los procesos de integración regional en América Latina, apoyado por la Fundación Heirinch Böll, Buenos Aires.

– *http://www.choike.org/nuevo/informes/4228.html.*

– Robert CASTEL (1997): *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del asalariado*, Paidós, Barcelona.

– CELADE-CEPAL (2006): *Migración internacional de latinoamericanos y caribeños en Iberoamérica: características, retos y oportunidades*, CEPAL, Santiago de Chile.

– CEPAL (2002) *Globalización y desarrollo, 29.º período de sesiones*, CEPAL, Brasilia.

– (2006) *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, CEPAL, Santiago de Chile.

– Néstor COHEN, y Carolina MERA (Comp.) (2005): *Relaciones interculturales: experiencias y representación social de los migrantes*, Antropofagia, Buenos Aires, 2005.

– Colectivo IOÉ (2002): "Migraciones internacionales: entre el capitalismo global y la jerarquización de los Estados", Claudia CLAVIJO y Mariano AGUIRRE (Eds.): *Políticas sociales y Estado de bienestar en España: Las migraciones, Informe 2002*, FUHEM, Madrid.

– Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales (2005): *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar. Informe de la Comisión Mundial sobre las migraciones internacionales,* Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, octubre.

– COOK MARTÍN, David (2005): *Proactive Recruitment and Retentionist Patterns of Migration and Nationality Policy in Argentina, Italy and Spain (1850-1919),* Department of Sociology, Theory and Research in Comparative Social Analysis, University of California, Los Angeles.

– Patricia CORTÉS CASTELLANOS (2005): "Mujeres migrantes en América Latina y el Caribe: derechos humanos, mitos y duras realidades", *Serie Población y Desarrollo* 61, CEPAL. Programa de Población y Desarrollo CELADE, Santiago de Chile, noviembre.

– *http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_enlineamigrantes/Mujeres%20migrantes.pdf*.

– Eduardo DOMENECH (Comp.) (2005): *Migraciones contemporáneas y diversidad cultural en la Argentina*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2005.

– Adrian FAVELL (1997): "Citizenship and immigration: pathologies of a progressive philosophy", *New Community*, vol. 23, núm. 2.

– Sandra GIL ARAÚJO (2002): "Extranjeros bajo sospecha. Lucha contra el terrorismo y política migratoria en Estados Unidos y la Unión Europea", AGUIRRE, Mariano y GONZÁLEZ, Mabel (coords.): *De Nueva York a Kabul. Anuario CIP 2002*, CIP/Icaria, Barcelona.

– (2004): "Inmigración latinoamericana en España. Estado de la cuestión", *Documento de Trabajo*, noviembre.

– (2005): "Cartografías migratorias. Las migraciones internacionales en el contexto de las relaciones Norte-Sur", ZÚÑIGA, Nieves (coord.): *La migración. Un camino entre el desarrollo y la cooperación*, CIP, Madrid.

– (2006): "(Re)definiendo las fronteras de Europa. Sobre la deslocalización del control migratorio comunitario", VV AA: *Respuestas a la exclusión: políticas de inmigración, interculturalidad y mediación*, Gakoa, Bilbao.

– *http://www.gloobal.info/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=869&opcion=documento#ficha_gloobal*.

– Alejandro GRIMSON y Elizabeth JELIN (2006): *Migraciones regionales hacia la Argentina. Diferencia, desigualdad y derechos*, Prometeo, Buenos Aires.

– Inter-American Development Banck (2006): *Sending Money Home. Leveraging the Development Impact of Remittances*, Inter-American Development Banck, Washington.

– *http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=823579*

– Dot KEET (2002): "Views from the South on «North-South» Issues and South-North People's Alternatives", *Alternative Regionalism Programme Paper*, TNI-AIDC, Amsterdam.

– Gema MARTÍN MUÑOZ (2004): "Reflexiones tras el 11 M", en *El País*, 22 de marzo.

– Magali MARTÍN QUIJANO (2006): "La migración irregular en Latinoamerica: asunto a debate", ponencia presentada al *II Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población*, Guadalajara (México) 3-5 de septiembre.

– Jorge MARTÍNEZ PIZARRO (2000): "La migración internacional y el desarrollo en la era de la globalización e integración: temas para una agenda regional", *Serie Población y Desarrollo,* núm. 10, CEPAL/ECLAC, Santiago de Chile, diciembre.

– (2003): "El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género", Serie *Población y Desarrollo* 44, CEPAL. Proyecto Regional de Población CELADE-UNFPA, Santiago de Chile, septiembre.

– MERA, Carolina; PALACIOS DE COSIANSI, Liliana y GONZÁLEZ, Carmen (2005): *Coreanos en Argentina: 40 años de historia*, Ediciones Al Margen, La Plata.

– Naciones Unidas. Asamblea General (2006): *Migración internacional y desarrollo. Informe del Secretario General*. Distr. General, 18 de mayo.

– Observatorio Permanente de la Inmigración (2006): *Extranjeros con tarjeta o autorización de residencia en vigor*, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, julio.

– *http://extranjeros.mtas.es/es/general/InformeEstadistico_Junio_2006.pdf*

– Andrés PEDREÑO CANOVAS (2005): "Sociedades etnofragmentadas", PEDREÑO CÁNOVAS, Andrés y HERNÁNDEZ PEDREÑO, Manuel (coords.): *La condición inmigrante. Exploraciones e investigaciones desde la Región de Murcia*, Universidad de Murcia, Murcia.

– Adela PELLEGRINO (2004): *Migration from Latin America to Europe: Trends and Policy Challenges*, International Organization for Migration, Ginebra.

– Programa Andino de Derechos Humanos (Ed.) (2005): *Migración, desplazamiento forzado y refugio*, Universidad Andina Simón Bolivar, Quito.

– Eleonore KOFMAN y Albert KRALER (2006): "Civic Stratification, Gender and Family Migration Policies in Europe", *Conference European Dynamics of Citizenship. Public policies and migrant activities*, IMSCODE Network Cluster B3, Central European University, Budapest, 31 de mayo-2 de junio.

– Antonio SANTOS y M.A. GARCÍA CALAVI (1998): *El reparto del trabajo*, vol. I, Alzira, Germania.

– Saskia SASSEN (1999): *Migranti, coloni, refugiati. Dell emigrazione di massa alla fortezza Europa*, Campi del sapere, Fetrinelli, Milán.

– 1999a): *La ciudad global. Nueva York, Londres y Tokio*, EUDEBA, Buenos Aires.

– (2001): *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Bellaterra, Barcelona.

– (2003): *Contrageografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Traficantes de Sueños, Madrid.

– Cristina VEGA SOLÍS y Sandra GIL ARAÚJO (2003): "Introducción. Contrageografías: circuitos alternativos para una ciudadanía global", Sassen, SASKIA: *Contrageografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizo*s, Traficantes de Sueños, Madrid.

– Hans VERRMULEN y Penninx RINUS (Eds.): *Immigrant Integration. The Dutch Case*, Het Spinuis, Amsterdam, 2000.

MARCELLO CARAMMIA

Università di Catania y Università di Siena

FABIO GARCÍA LUPATO

Università di Siena y Universidad Complutense de Madrid

II

La política de inmigración en Italia y España. ¿Cómo cambian las propuestas de los partidos políticos? Una exploración del caso italiano y español*

SUMARIO

I. Introducción. Los partidos políticos y la política de inmigración.

II. Partidos políticos, competición y la política de inmigración.

III. Teorías e hipótesis.

IV. Datos y Casos: El *Comparative Manifesto Project* y los casos de Italia y España.

V. Análisis Empírico: La relevancia y posición de los partidos italianos y españoles hacia la inmigración. A) La relevancia de la inmigración en la competición política en Italia y España. B) Los partidos italianos. C) Los partidos españoles.

VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN. LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN

El objetivo de este artículo es analizar la evolución de las posiciones de los principales partidos políticos italianos y españoles respecto a la inmigración. El foco del análisis está orientado principalmente a la descripción de las dinámicas políticas a través de las cuales los partidos contri-

(*) El presente estudio ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2007-66436/JURI (Migraciones Internacionales y Política Mediterránea de la Unión Europea), del Ministerio español de Educación y Ciencia (Plan Nacional I+D), confinanciado por el FEDER.

A pesar de que este artículo es fruto de una reflexión conjunta, Marcello CARAMMIA ha escrito las secciones I, II, la parte final de la sección III (desarrollo de las hipótesis), y V.b) y c); mientras que Fabio GARCÍA LUPATO ha realizado la sección III, IV y V.a). Las conclusiones son conjuntas.

buyen a dar forma a la agenda política de los dos países, pero se intentará igualmente esbozar unas explicaciones para estas dinámicas.

Existen diversas buenas razones para estudiar la posición de los partidos respecto a la inmigración. En primer lugar, el tema de la inmigración ha adquirido en los últimos decenios una creciente relevancia en el debate político. Cada vez es más frecuente escuchar afirmaciones según las cuales "las elecciones se ganan o se pierden sobre temas como la inmigración". Este de la inmigración es un argumento caliente, que parece ser altamente remunerativo desde el punto de vista electoral. La creciente relevancia en el discurso público de cuestiones más o menos directamente relacionadas con la inmigración ha tenido profundas consecuencias sobre la competición partidista. En los últimos años se han verificado dos tendencias verosímilmente correlacionadas. Por un lado, los partidos xenófobos han ganado consenso dentro de los electores, como demuestran de manera evidente el caso del Frente Nacional de Jean-Marie Le Pen en Francia, el Partido de la Libertad de Jorge Haider en Austria, o el caso de la Liga Norte de Umberto Bossi en Italia. Por otro lado, los partidos mayoritarios (con modalidades y tiempos diversos, de partido en partido y de país en país) han "seguido" a los extremistas en el terreno de la politización de la inmigración, contribuyendo a su vez a alimentar la relevancia de ésta en el debate político. Las dos dinámicas hipotizadas tienen un efecto no sólo en los partidos individuales, determinando un cambio en la oferta política; sino que éstas han tenido efecto también a nivel sistémico, es decir sobre los equilibrios de los sistemas de partido, desde el momento en que influencian la dinámica de la competición interpartidista y por tanto el posicionamiento relativo de los mismos partidos en el espacio político.

Aun así, existen diferencias de una cierta relevancia entre las experiencias de los distintos países; así como existen diferencias relevantes entre las experiencias de diversos partidos al interno de cada país. Estas diferencias han sido raramente analizadas de un modo sistemático. Este artículo representa un intento de realizar un análisis del modo en el que los partidos italianos y españoles "usan" el tema de la inmigración en sus campañas electorales, en el período entre 1989 y el 2004, con el objetivo de clarificar las tendencias de fondo de estos procesos.

En particular, por tanto, este artículo intenta aportar una respuesta a las siguientes preguntas: ¿cómo cambia el modo en que los partidos políticos en Italia y España se enfrentan al problema de la inmigración? ¿Existen ciertas tendencias comunes en los dos países? ¿Es posible encontrar una dinámica que empuja el tema de la inmigración desde la marginalidad a la centralidad de la competición partidista? ¿Cuáles son las causas principales en la base de estos cambios? ¿Es posible obtener del análisis de estos casos tendencias generales, es decir útiles también para comprender contextos políticos distintos a los de los casos italiano y español?

El artículo comenzará introduciendo los aspectos esenciales del objeto del análisis. Posteriormente, vendrán formuladas las hipótesis que pueden explicar la evolución de las posiciones de los partidos en materia de inmigración, y será presentado el método de análisis utilizado para testar dichas hipótesis sobre la base de los datos empíricos. El parágrafo sucesivo mostrará y discutirá los resultados del análisis y los confrontará con la teoría formulada precedentemente. Las conclusiones reconsiderarán el contributo ofrecido por este artículo sobre la base de los resultados del análisis, indicando algunas de las cuestiones que quedan abiertas.

II. PARTIDOS POLÍTICOS, COMPETICIÓN Y LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN

La literatura politológica ha aislado una serie de factores que orientan las respuestas políticas a la inmigración, y que se pueden agrupar en factores institucionales y actores políticos. Los factores institucionales son aquellos factores que delimitan y en ciertos casos orientan las posibilidades de elección de los actores políticos. En los sistemas democráticos, estos factores hacen referencia a los derechos inalienables del hombre, que de hecho limitan la capacidad de proposición política de los actores[1]. Algunos de estos vínculos provienen del poder judicial[2], que garantiza la activación de los derechos constitucionales de protección a los inmigrantes[3]. Incluso, algunos vínculos institucionales pueden situarse fuera del sistema político nacional, como las normas de derecho internacional que otorga una serie de derechos a los inmigrantes, especialmente en materia de asilo, y limitan las opciones políticas de los gobiernos[4].

En segundo lugar, los actores políticos juegan un papel fundamental en la orientación, y por tanto, en la comprensión de las elecciones políticas en materia de inmigración. Dentro de ese tipo de actores se pueden distinguir las organizaciones empresariales[5]; las burocracias involucradas en la gestión del problema pero con visiones e intereses contrastantes, como las que hacen referencia al ministerio de interior o al de asuntos sociales[6]; los "emprendedores de políticas", es decir, actores con intereses y medios necesarios para llamar la atención sobre determinados problemas y solicitar determinadas soluciones para dichos problemas[7]. Lógicamente, los medios de comunicación, la opinión pública y los partidos políticos pueden dotar al tema de mucha más relevancia y proponer diversas soluciones o presionar para la adopción de ciertas regulaciones.

Dentro de este tipo de actores, los partidos políticos juegan un papel muy relevante, visto su función de agregación de intereses y el variado número de propuestas políticas que presentan, especialmente en el período electoral. Aun así, pocas investigaciones han analizado sistemá-

(1) V. HOLLIFIELD y F. JAMES (1999): "Ideas, Institutions, and Civil Society: On the Limits of Immigration Control in France", in Grete BROCHMANN and Tomas HAMMAR, eds.: *Mechanisms of Immigration Control: A Comparative Analysis of European Regulation Policies* (Oxford and New York: Berg), pp. 59-9.

(2) C. JOPPKE (1998): "Why Liberal States Accept Unwanted Immigration". *World Politics, 50*. Cfr. JOPPKE (1999): *Immigration and the Nation-State: The United States, Germany, and Great Britain* (Oxford and New York: Oxford University Press).

(3) Como la jurisprudencia sobre el derecho a la reagrupación familiar o la revocación de una serie de artículos de la Ley de Inmigración aprobada por el gobierno de Aznar en el 2000.

(4) V. SASSEN, S. (1996): *Losing Control?* New York: Columbia University Press.

SASSEN, S. (1998): "The *de facto* Transnationalizing of Immigration Policy". In C. JOPPKE (Ed.): *Challenge to the Nation-State. Immigration in Western Europe and the United States* (pp. 49-85). Oxford, England: Oxford University Press.

(5) G.P. FREEMAN, (1995): "Modes of Immigration Politics in Liberal Democratic States". *International Migration Review, xxix,* 881-908.

(6) V. GUIRAUDON & G. LAHAV, (2000): "A Reappraisal of the State Sovereignty Debate: The Case of Migration Control". *Comparative Political Studies, 33,* 163-195. Cfr. GUIRAUDON, V. (2000): "European Integration and Migration Policy: Vertical Policy-making as Venue Shopping". *Journal of Common Market Studies, 38,* 251-271.

(7) J.W. KINGDON, (1995): *Agendas, Alternatives, and Public Policies*, (2nd ed.) New York: HarperCollins College Publishers. Cfr. M. GIULIANI, (1998): "Sul Concetto di Imprenditore di Policy", *Rivista Italiana di Scienza Politica, 28,* 357-378.

ticamente el uso que todos los partidos hacen de la inmigración como problema de políticas públicas, si exceptuamos los análisis del surgimiento de los partidos xenófobos[8].

Por tanto, la posición de los partidos cuenta de manera limitada, visto los factores institucionales y el papel de otros actores, pero es aún así relevante. En primer lugar, define un parámetro de referencia de las políticas que los partidos querrían realizar. Se podría hipotizar que, una vez en el gobierno, los partidos perseguirán, *dentro de sus posibilidades*, las políticas que han presentado en sus programas electorales. Por tanto, el análisis de los programas es fundamental para inferir qué políticas adoptarían los partidos *en ausencia de otro tipo de vínculos*. Además, nos proporciona una imagen estática pero relevante de la posición de los partidos en dos niveles. A nivel de partido individual, nos permite comprender su posición y posible contribución a la formación de las políticas de inmigración. A nivel de sistema de partidos, nos permite estudiar la evolución de su posición teniendo en cuenta las influencias recíprocas de los partidos en el proceso de competición. Este aspecto es particularmente importante visto que la inmigración es un tema especialmente ventajoso desde el punto de vista electoral, desde que partidos de extrema derecha lo empezaron a explotar como la base de sus políticas identitarias. El estudio comparado y diacrónico de las posiciones de los partidos nos permite verificar y comprender la dinámica de las influencias recíprocas en sus posiciones sobre la inmigración.

III. TEORÍAS E HIPÓTESIS

Para analizar la importancia, relevancia, posición y evolución de los partidos, tanto a nivel individual como sistémico, es necesario recurrir a diversas teorías, que se centran en cómo compiten los partidos, sus estrategias y los factores institucionales, especialmente el tipo de sistema electoral y de sistema de partidos en los que compiten.

En primer lugar, para comprender cómo compiten los partidos, la Teoría de la Relevancia (*Salience Theory*) es crucial. Esta teoría difiere de la idea clásica del G*ran Debate* que propone la Teoría de la Confrontación por la cual los partidos y los líderes se oponen y debaten sobre un gran número de temas. Pero esta teoría intuitiva no corresponde a cómo se posicionan los partidos en la realidad[9]. Como indica BUDGE (1994) en su análisis de los programas electorales,

(8) Por citar sólo los trabajos más relevantes: Rachel K. GIBSON, (2002): *The Growth of Anti-Immigrant Parties in Western Europe* (Lewiston, Queenston, NY and Lampeter: The Edwin Mellen Press; Hainsworth, Paul, ed. (1992). *The Extreme Right in Europe and the USA.* London: Pinter; Kitschelt, HERBERT (1995). *The Radical Right in Western Europe: a Comparative Analysis,* Ann ARBOR: University of Michigan Press; SCHAIN, M., ZOLBERG, A. and HOSSAY, P. (eds), (2002): *Shadows Over Europe: The Development and Impact of the Extreme Right in Western Europe,* Basingstoke and New York: Palgrave Macmillan.

(9) Como indican: BUDGE, Ian y DENNIS Farlie (1977): *Voting and Party Competition*. Londres y Nueva York: Wiley; Budge, Ian (1994): "A new spatial theory of party competition: uncertainty, ideology and policy equilibria viewed comparatively and temporally": *British Journal of Political Science* 24 (4):443-467; BUDGE, Ian *et al.* (2001): *Mapping Policy Preferences*. Londres: Routledge; KLINGEMANNN, HAND-DIETER *et al.* (2006): *Mapping Policy Preferences II: Estimates for Parties, Elections and Governments in Eastern Europe, the European Union and the OECD, 1990-2003*. Oxford: Oxford University Press.

otros partidos y las posiciones políticas que éstos defienden no se mencionan directamente en la competición política o, en su caso, son marginales. En cambio, los partidos difieren claramente en su énfasis dependiendo de la política que estén tratando, por lo que identifica ciertos temas "de propiedad" de ciertos partidos, como puede ser ciertas políticas sociales para la izquierda y la seguridad y el orden para la derecha. Por tanto, según la Teoría de la Relevancia, los partidos no se oponen normalmente a una cierta política o tema, sino que enfatizan unos temas mientras que desenfatizan otros. En palabras de BUDGE "la toma de posiciones se hace enfatizando ciertas áreas políticas comparada con otras. El cambio de políticas consiste en desenfatizar prioridades previas tomando unas nuevas" (BUDGE 1987: 45). Así, la relevancia de un tema está directamente ligada a la importancia que un partido (o el electorado) atribuye a un determinado tema.

De este modo, podemos definir relevancia como "el punto por el que la dirección del partido considera un tema como vital para sus propuestas electorales"[10]. Por tanto, este concepto es interesante al permitirnos explicar cómo compiten los partidos entre ellos y para entender la relación entre la posición de los partidos y las preferencias del electorado.

El concepto de relevancia es crucial en nuestro análisis puesto que su ausencia implica que los partidos no se posicionan en ese tema en concreto. Esto es debido a que, para competir en un determinado tema, los partidos necesitan tener ciertos incentivos, como considerar ese tema como ganador o no, tener una posición diferenciada respecto a sus principales rivales, y que los medios y el electorado consideren ese tema como importante. Por tanto, la relevancia está relacionada con un contexto político específico y con las diferentes estrategias que los partidos pueden adoptar. Aun así, a pesar de que los partidos no compiten en aquellos temas que no consideran importantes, la ausencia de relevancia no implica directamente que un tema no lo sea. De hecho, como indica la teoría de la relevancia, los partidos enfatizarán aquellos temas en los que crean poseer un valor añadido mientras que desenfatizarán aquellos en los que no lo tengan o presenten una posición similar a la de sus principales competidores. Dos factores pueden alteran esta máxima. En primer lugar, hay ciertos temas considerados importantes por la opinión pública que los partidos están obligados a tratar. Éste parece ser el claro caso de la inmigración en sus diferentes vertientes. En segundo lugar, los partidos forman parte de un sistema, y precisamente ciertos temas que querrían ser minimizados por algún partido pueden ser usados por otros competidores, forzándoles a tomar una posición.

Por tanto, ¿qué estrategias siguen los partidos? En este caso, la literatura ha distinguido tres estrategias principales que provienen de la teoría de la elección racional, con el modelo de proximidad ideado por DOWNS[11] y de las teorías de coalición de STRØM[12]. La primera de estas estrategias es la de maximización de votos (*vote-seeking*), por la cual un partido intenta conseguir el mayor número de votos posibles y, por tanto, sigue una estrategia para obtener los votos del

(10) Según la definición de NETJES y BINNEMA, página 40; NETJES, Catherine y Harmen BINNEMA (2007): "The Salience of European Integration issue: Three data sources compared", *Electoral Studies* 26 (1): 39-49.

(11) Anthony DOWNS: (1957): *An Economic Theory of Democracy*, New York: Harper and Row.

(12) Kaare STRØM (1990): "A Behavioural Theory of Competitive Parties", *America Journal of Political Science* 34 (2) 565-598.

votante mediano. En segundo lugar, está la posibilidad de una estrategia que más que intentar conseguir el mayor número de votos, lo que persigue es conseguir que sus votos cuenten y sean necesarios para formar gobierno. En esta estrategia, denominada *office-seeking* (STRØM 1990), los partidos intentan maximizar sus posibilidades de formar parte del gobierno para *usufruir* de los beneficios que esto conlleva (ministerios y otros cargos). Finalmente, una tercera estrategia que surge como respuesta a la teorías de la coalición que no tienen en cuenta la efectiva búsqueda de la aplicación de ciertas políticas concretas, es la *policy-seeking* por la que los partidos buscan maximizar su impacto en la formulación de ciertas políticas.

Para nuestro caso, los partidos *vote-seeking* pueden ser identificados como los partidos mayoritarios, aquellos que tienen grandes posibilidades de ganar las elecciones o ser el partido más importante en la coalición de gobierno (el Partido Popular, –PP– y el Partido Socialista Obrero Español, PSOE en España; Forza Italia, FI y Democratici di Sinistra, –DS– en Italia), mientras que los partidos *office-seeking*, siempre que sigan esta estrategia, son aquellos partidos, ideológicamente centrados, que son buenos candidatos para formar coaliciones con el partido mayoritario (Convergència i Unió, –CIU– y Partido Nacionalista Vasco, –PNV– en España; Unione Democratici di Centro, –CCD-UDC– en Italia). Finalmente, los partidos que se encuentran en los extremos del espectro político, con una ideología más netamente marcada, son los que normalmente persiguen una estrategia *policy-seeking* y se dirigen a aquellos votantes que comulgan con una clara ideología y, en ciertos casos, con poco margen de negociación (como Izquierda Unida, –IU– en España o Lega Nord, –LN– o Rifondazione Comunista, –RC– en Italia).

El tercer aspecto fundamental para entender cómo compiten los partidos son las propias mecánicas de los sistemas de partido, que están muy influenciados por la ley electoral y por el número de partidos relevantes para la competición política. En este caso, España e Italia presentan dos sistemas muy diferentes, con leyes electorales distintas y, consecuentemente, un sistema de partidos diverso. Por ello, las dinámicas propias de cada sistema son distintas y tienen un claro efecto en la competición política.

Un indicador interesante para entender las dinámicas internas de los sistemas de partido es el número efectivo de partidos, que depende en gran parte de la ley electoral. Queda fuera del objetivo de este artículo hacer un análisis exhaustivo de las distintas leyes electorales pero dos aspectos son importantes. En España, el sistema electoral es proporcional pero con fuertes correcciones de sesgo mayoritario, con un método de reparto de votos que beneficia a los dos partidos con el mayor número de votos, penaliza al tercer partido de ámbito nacional y, junto con el tipo de circunscripción electoral, beneficia a los partidos con un fuerte arraigo territorial, los partidos nacionalistas. Por otro lado, el caso italiano ha experimentado diversas reformas electorales que modificaron el sistema fuertemente proporcional que caracterizó a la I República. En 1994 se produjo una reforma mayoritaria, que facilitó el ascenso de dos partidos, Forza Italia y la Liga Norte. Sucesivas reformas de carácter mayoritario pero también proporcional han intentado reducir el número de partidos, aunque con escaso éxito hasta las últimas elecciones.

El número efectivo de partidos es comúnmente usado para analizar el número de partidos relevantes de un sistema y tiene dos variantes: el número de partidos electorales, que tiene en

cuenta el porcentaje de votos de un partido, y el número de partidos parlamentarios, que, en cambio, tiene en cuenta el porcentaje de escaños obtenidos[13].

La ley electoral, el número de partidos y el tipo de competición facilitan la existencia de diversos tipos de partidos. En este sentido, Italia tiene un mayor número de partidos con una fuerte ideología, visto que tiene que competir tanto dentro de su propio espectro ideológico como contra los partidos opuestos. De este modo, existen partidos de gobierno abiertamente comunistas, neofascistas y con algún tinte xenófobo, mientras que en España la competición tiende a ser centrípeta, en busca del votante mediano. Este es un aspecto que se antoja fundamental para el estudio de la política de inmigración y para los inmigrantes en la competición electoral en ambos países.

La discusión precedente ha resaltado la importancia de diversos factores. En primer lugar, la política de inmigración ha aumentado su relevancia con el tiempo en correlación con el aumento de los flujos migratorios en Italia y España. En segundo lugar, y a pesar de no haber sido estudiados con detenimiento, los partidos políticos juegan un papel relevante, aunque no exclusivo, en la formulación de las políticas de inmigración. Asimismo, los partidos, visto la importancia de este tema y según su ideología, estrategia electoral y posición sistémica adoptan diversas posiciones durante las elecciones. De este modo diferentes hipótesis pueden ser avanzadas:

Hipótesis 1 (H1): La relevancia de la inmigración en los partidos aumenta con el tiempo.

Esta hipótesis parte de la observación general de la mayor centralidad de las cuestiones unidas a la inmigración en el debate político. H1 debería ser aún más relevante en los casos específicamente examinados, considerando la transformación de Italia y España desde países de emigración a países de inmigración. Para llegar al fondo en la comprensión de los procesos políticos en la base de la "politización" de la inmigración, queremos también comprender qué partidos son los que llevan el problema hacia el centro del debate. Con este propósito, siguiendo la literatura anteriormente mencionada y también de los trabajos más recientes[14], podemos hipotizar que:

H2. Los partidos de extrema derecha son los que introducen el tema de la inmigración en el debate político y, posteriormente, los partidos mayoritarios se alinean.

La hipótesis anteriormente formulada hace referencia a las dinámicas relativas a la entrada del "problema inmigración" en la agenda política. Las dinámicas a través de las cuales los problemas adquieren relevancia son importantes; y también entender el *modo* en el que los diversos actores políticos proponen afrontar los problemas políticos. La primera hipótesis hace referencia a la posibilidad que las diferencias ideológicas entre los partidos, genéricamente sintetizables a través de su colocación en el eje derecha/izquierda, sean importantes para explicar el enfoque hacia la inmigración. Por tanto, en términos generales:

(13) En cualquier caso, la fórmula es la misma: $N=1/\sum p_i^2$ donde N es el número efectivo de partidos, p_i denota el porcentaje de votos (o escaños) del partido $_i$.

(14) M.A. SCHAIN (2006): "The extreme right and immigration policy-making: measuring direct and indirect effects", *West European Politics,* 29: 2, p. 286.

H3. El eje izquierda-derecha explica la posición de los partidos respecto a la inmigración.

Existen estudios recientes que han intentado especificar más en detalle las diferencias entre los partidos respecto a la inmigración. Teóricamente, la salvaguardia de la "ley y el orden" está normalmente hecha por los partidos (y electores) de la derecha y del centro-derecha[15]. Por tanto:

H3.1 Los partidos de derecha defienden una posición más restrictiva que los partidos de izquierda.

También es cierto, aun así, que los costes (reales y/o percibidos) de la inmigración recaen sobre todo en los sectores más débiles de la sociedad. Y también es sobre la base de estas consideraciones que recientemente se ha hipotizado que las diferencias entre la derecha y la izquierda tienden a anularse respecto a las posiciones políticas en materia de *políticas de inmigración*, entendidas como aquellas políticas destinadas a gestionar el ingreso de nuevos inmigrantes[16]. Se puede por tanto hipotizar que:

H3.2 Con el tiempo, la variable ideológica pierde poder explicativo para comprender la posición de los partidos respecto a la política de inmigración.

Si las diferencias se diluyen respecto a las políticas sobre los inmigrantes, las distinciones principales entre los partidos de derecha e izquierda recaen sobre las posiciones en materia de *políticas hacia los inmigrantes*[17], es decir, las políticas relativas al trato reservado a los inmigrantes una vez que éstos se encuentran en el territorio del estado que les acoge. Respecto a la política hacia los inmigrantes, los partidos de la izquierda y del centro-izquierda mantendrían una posición más expansiva[18], consistente con su ideología solidaria. En términos formales:

H3.3 Los partidos de izquierda mantienen una posición más abierta respecto a la política para los inmigrantes respecto a la derecha.

(15) V. por ejemplo P. M. SNIDERMAN, P. PERI, R. de FIGUERIDO, y T. PIAZZA. (2000): *The Outsider: Prejudice and Politics in Italy*, Princeton: Princeton University Press. Por cuanto, se ha demostrado, la existencia de partidos de extrema derecha o de todos modos xenófobos impone grandes problemas a los partidos de centro-derecha. V. del último SCHAIN 2006, op. cit.

(16) La hipótesis de la convergencia de las posiciones de la izquierda y de la derecha fue avanzada en T. GIVENS, y A. LUEDTKE (2005): "European Immigration Policies in Comparative Perspectives: Issue Salience, Partisanship, and Immigrant Rights", *Comparative European Politics*, 1-22.

La fundamental distinción entre *política de inmigración*, referida a la gestión de los flujos, y las *políticas para los inmigrantes*, centradas sobre el modelo de gestión de la inmigración ya presente en el territorio, proviene de T. HAMMAR, (1985): "Introduction", en T. HAMMAR (Ed.): *European Immigration Policy: A Comparative Study* (pp. 1-13). Cambridge: Cambridge University Press.

(17) HAMMAR (1985): op. cit.

(18) La hipótesis se encuentra en GIVENS y LUEDTKE (2005): op. cit. Existen también posiciones distintas, por ejemplo en V. GUIRAUDON (2002): "Setting the Agenda on Immigration and Asylum in the EU: Experts and the Public". In *the panel "Developments in the Study of Immigration in Europe: A panel in Honour of Martin Schain"* of the American Political Science Association meeting Boston, August 30th, 2002. Una posición más SFUMATA en SCHAIN (2006): op. cit.

IV. DATOS Y CASOS: EL *COMPARATIVE MANIFESTO* PROJECT Y LOS CASOS DE ITALIA Y ESPAÑA

Para comprobar las hipótesis propuestas, usaremos los datos recogido en el ámbito del *Comparative Manifesto Project*. Se trata de una base de datos que contiene de forma codificada los programas presentados por los partidos de todos los países de la OECD en todas las elecciones celebradas desde 1945. La codificación de los programas se basa sobre el análisis del contenido, para relevar el peso específico (la relevancia) de los diversos temas afrontados por los partidos en las competiciones electorales[19]. En algunos casos, viene analizado no sólo la relevancia de los argumentos sino también su *valencia*, es decir el tono, favorable o desfavorable, con el cual algunos problemas políticos vienen presentados[20].

Los datos analizados en este artículo hacen referencia a los programas de las elecciones al parlamento europeo[21].

El análisis se basa en los resultados proporcionados por cuatro variables, que tratan el tema de la inmigración en distintos niveles. En primer lugar, dos variables hacen referencia a la posición, positiva o negativa, sobre la inmigración por motivos de trabajo (variable 4082 y 4083). Otra variable mide las menciones negativas sobre la inmigración en general (variable 6011). Una cuarta variable analiza el apoyo a los inmigrantes presentes en el territorio, por tanto, propuestas "expansivas" o "liberales" respecto a la política hacia los inmigrantes. Finalmente, se ha introducido una última variable, denominada LABMIG, que mide los valores netos de las posiciones positivas y negativas sobre la inmigración por motivos de trabajo[22].

El análisis se centra en el caso italiano y español por diversos motivos. En primer lugar, los dos países poseen características similares que hacen oportuna la comparación. Ambos forman parte de los considerados "países de nueva inmigración": son por tanto países con tradición de emigración que en el arco de un par de decenios han invertido de manera repentina una tendencia de largo período con valor opuesto[23]. Italia y España comparten también una importante característica geopolítica, al estar situados en la frontera externa de la Unión Europea. Una frontera marítima, expuesta a las presiones de importantes flujos provenientes del Norte de África y también, en el caso de Italia, de los Balcanes y el cercano oriente. En ambos países,

(19) Por ejemplo, cuánto discuten los partidos los problemas relacionados con el tema del trabajo.

(20) Por ejemplo, un acercamiento positivo o negativo a la inmigración de carácter económico.

(21) Esta decisión se debe a dos razones de orden prevalentemente práctico. La primera es que las variables relativas a la inmigración han sido explicitados únicamente en las codificaciones de los programas para las elecciones europeas, mientras que los datos relativos a las elecciones nacionales presentan variables más genéricas como la posición respecto al multiculturalismo o sobre los derechos de las minorías (que por otra parte podrían crear distorsiones respecto al caso español. La segunda es que la base de datos sobre las elecciones europeas está actualizado hasta el 2004, mientras que el de las elecciones nacionales únicamente hasta el 2001.

(22) Al medir los valores netos, es decir, restando las menciones positivas y las negativas, es la única de las variables que puede adoptar valores negativos.

(23) A.V. GEDDES (2003): *The Politics of Migration and Immigration in Europe*, London: SAGE, en particular pp. 149-172.

además, se han verificados en los últimos años eventos trágicos unidos a la inmigración clandestina, con un gran impacto en la opinión pública.

Por otro lado, el sistema político italiano y español son claramente distintos, con una ley electoral, un sistema de partidos y un número de partidos relevantes diverso, lo que permite analizar las posibles consecuencias de estos factores en la relevancia y estructuración de la inmigración en la competición política. Como se puede observar en las siguientes tablas, el número de partidos en España e Italia es distinto, puesto que España, con un índice siempre menor de 3, posee un sistema prácticamente bipartidista, mientras que Italia tiene un sistema claramente multipartidista. Además, como correctamente indica BARDI[24], en Italia existen dos sistemas de partido claramente diferenciados, el electoral, donde en diversas elecciones se han presentado amplias coaliciones, y el parlamentario, donde los partidos coaligados mantienen su propio grupo parlamentario[25].

TABLA 1.
Número efectivo de partidos electorales (NEPE) y parlamentarios (NEPP) en Italia y España[26]

ITALIA			ESPAÑA		
Año Elección	NEPE	NEPP	Año Elección	NEPE	NEPP
1983	4,52	4,02	1982	2,34	3,19
1987	4,62	4,07	1986	2,68	3,59
1992	6,63	5,77	1989	2,85	4,13
1994	7,58 (3,6*)	7,67	1993	2,67	3,52
1996	7,17 (2,7*)	5,30	1996	2,72	3,21
2001	6,32 (2,0*)	5,06	2000	2,48	3,12
2006	5,69	5,06	2004	2,53	3,00

FUENTE: Michael Gallagher. Accesible en *http://www.tcd.ie/Political_Science/Staff/Michael.Gallagher/EISystems/Docts/ElectionIndices.pdf*

* Datos de BARDI (2006) para las coaliciones.

Consecuentemente, las dinámicas del sistema de partido son diversas, y fomentan dos tipos de competición política distinta. En el caso español, la competición es claramente bipartidista mientras que en Italia pasó de una competición tripolar (con los bloques fascista, comunista y la democracia cristiana) a una competición bipolar desde 1994.

(24) Luciano BARDI (2006): "Arena elettorale e dinamiche parlamentari nel cambiamento del sistema politico italiano". En BARDI (ed.): *Partiti e Sistemi di Partito*. Bologna: Il Mulino: 365-286.

(25) Excepto en las últimas elecciones legislativas de 2008.

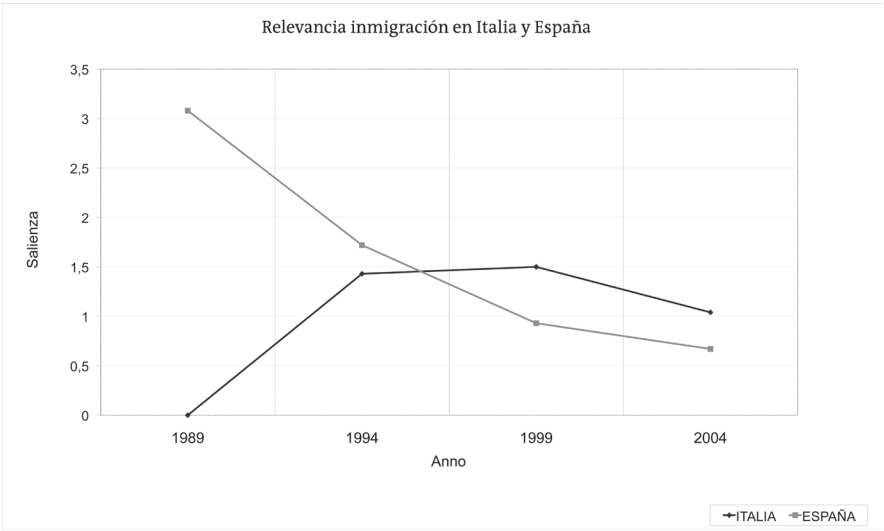
(26) A pesar de que en este artículo se analizan las elecciones europeas, el NEPE y NEPP se refieren a los resultados de las elecciones generales en ambos países. Esto es debido al diverso sistema electoral que se aplica para estas elecciones. Además, con este índice se quiere analizar la importancia que tiene cada partido en el sistema de partidos nacional y, para ello, el campo más importante de competición es el estatal y queda reflejada en las elecciones generales.

V. ANÁLISIS EMPÍRICO: LA RELEVANCIA Y POSICIÓN DE LOS PARTIDOS ITALIANOS Y ESPAÑOLES HACIA LA INMIGRACIÓN

A) La relevancia de la inmigración en la competición política en Italia y España

En la discusión teórica anterior se formuló la hipótesis según la cual la relevancia de la inmigración en la competición política debería aumentar a la par del aumento de la inmigración en ambos países. Caracterizados por ser países de emigrantes, desde mitad de la década de 1980, Italia y España experimentaron un fuerte incremento de los flujos migratorios (propiciado en España por una época de fuerte crecimiento económico) y facilitado por su situación geográfica, al ser ambos países frontera exterior de la Unión Europea con el Norte de África (y, en el caso italiano, con el Este de Europa) y el incremento de la inmigración de países culturalmente afines como los países centro y sudamericanos. Esta importancia se vio magnificada por el modo de llegada de los inmigrantes, cruzando los escasos kilómetros que separan ambos continentes en embarcaciones de fortuna, con la consecuente pérdida de numerosas vidas humanas. Por último, el gran aumento de la población inmigrante en países poco habituados a estos flujos, produjo que la inmigración pasase a ser un tema muy relevante en el debate político y social. ¿Qué importancia le otorgan los partidos a este tema en la competición política? En la siguiente tabla se analiza la relevancia de la inmigración en las elecciones europeas desde 1989. Como se puede observar, los datos muestran varias claras tendencias[27].

GRÁFICO 1

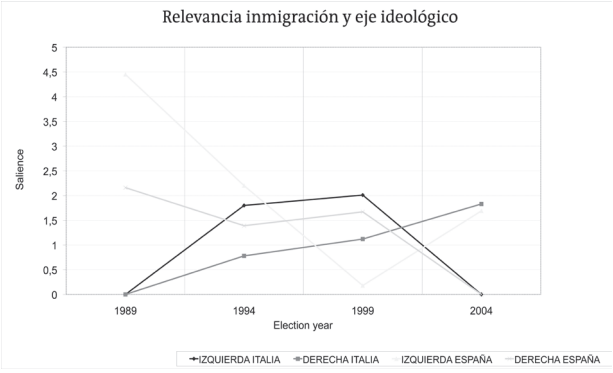


(27) Los datos de la relevancia de la inmigración representan la media de las cuatro que hacen referencia a la inmigración: menciones positivas y negativas respecto a la inmigración por motivos de trabajo (variables 4082 y 4083), menciones negativas respecto a la inmigración en general (variables 6011) y menciones positivas y favorables a la asistencia de los inmigrantes y extranjeros presentes en el territorio nacional (variables 7053) divididas por el número de partidos que compiten en las elecciones.

En primer lugar, nuestra primera hipótesis que auguraba un aumento de la relevancia de la inmigración en el tiempo, visto la creciente importancia del tema no parece confirmada. En el caso español, de hecho, esta tendencia es claramente negativa, puesto que en cada elección la importancia de la inmigración es menor que en la anterior. En el caso italiano la tendencia parece positiva, puesto que se incrementa la relevancia del tema, aunque en las últimas elecciones su índice sea más bajo. Curiosamente, mientras que en España la relevancia desciende en Italia crece.

Como se mostraba anteriormente, los sistemas de partidos y los tipos de partidos son diferentes en ambos países. En primer lugar, Italia se caracteriza por un sistema claramente pluripartidista, donde los partidos mayoritarios alcanzan orientativamente entre un 20 y un 30 por 100 de los votos y necesitan coaligarse para formar gobiernos[28]. De este modo, existen diversos partidos tanto en la derecha como en la izquierda, por lo que la inmigración puede adquirir una mayor importancia. Como refuerzo a esta tendencia, Italia cuenta con un partido post-fascista, Alianza Nacional (AN) y otro claramente xenófobo como la Liga Norte (LN), que hacen de la inmigración uno de los ejes de su discurso. En cambio, el caso español puede ser clasificado como un sistema cuasi-bipartidista en el que los dos partidos mayoritarios consiguen un gran porcentaje en votos y escaños que les ha permitido, en diversas ocasiones, formar gobierno sin la necesidad de apoyos parlamentarios. Este hecho se refleja en el bajo número de partidos relevantes y en la monopolización de la derecha en un único partido, el Partido Popular, que ejemplifica la inexistencia de partidos de extrema derecha o xenófobos que puedan condicionar la competición electoral[29]. Como se puede observar en el gráfico 2, la relevancia de la inmigración controlada por la ideología es opuesta en ambos países.

GRÁFICO 2



(28) La ley electoral italiana ha experimentado varias reformas con el objetivo de intentar reducir el número de partidos relevantes. En 1994 se aprobó, tras un referéndum, un sistema mixto preeminentemente mayoritario (75% escaños mayoritarios y 25% proporcionales). Posteriormente, se han realizado otras reformas electorales, la última con una vuelta a un sistema proporcional pero con premio de mayoría, por el que el partido/coalición más votado se garantiza la mayoría de los escaños en la Cámara de Diputados (aunque no necesariamente en el Senado, donde este *bonus* funciona a nivel regional). A pesar de todas estas reformas electorales, el sistema de partidos ha mantenido un carácter claramente multipartidista hasta las últimas elecciones generales de 2008.

(29) Estas corrientes más conservadoras y opuestas a la inmigración forman una de las tendencias o sensibilidades agrupadas en el seno del Partido Popular.

En primer lugar, se puede observar cómo, en principio, son los partidos de izquierda aquellos que otorgan más importancia a la inmigración en sus programas electorales, y, como analizaremos posteriormente, lo hacen de un modo favorable, remarcando las connotaciones positivas y omitiendo, en casi todos los casos, las percepciones negativas. De un modo opuesto, y mientras que la relevancia de la inmigración disminuía en España, en Italia aumentaba, especialmente en los partidos de la derecha y, al contrario que en el caso español, estos partidos enfatizan más las connotaciones negativas que las positivas. Esta diversa interpretación partidista del fenómeno de la inmigración parece confirmar la idea expuesta por *Schain*[30] según la cual los partidos pueden realizar dos tipos de consideraciones políticas a la hora de enfrentarse a la inmigración. Por un lado, el tema puede ser visto como una amenaza para la identidad nacional, anticipando posturas anti-inmigración de los votantes, como ocurre en los partidos de la derecha italianos. Por otro lado, la inmigración puede ser conceptualizada como un medio para movilizar el potencial voto inmigrante en el electorado o, en su defecto, enfatizar los valores tradicionalmente adscritos a la izquierda, como ocurre en el caso español.

Las diferentes tendencias entre España e Italia, la importancia del sistema de partidos y los partidos que lo componen resultan evidentes si analizamos los datos de las elecciones de 2004. En Italia, son los partidos de la derecha los que otorgan más importancia a la inmigración, y siempre de modo negativo, ya sea enfatizando la percepción negativa de la inmigración laboral y una visión negativa de la inmigración en general. Mientras, los partidos de la izquierda italiana minimizan el tema, como muestra la ausencia de menciones en sus programas electorales. En España ocurre exactamente lo contrario puesto que son los partidos de izquierda aquellos que otorgan una mayor importancia a la inmigración y lo hacen de un modo positivo, mientras que es la derecha quien minimiza el tema.

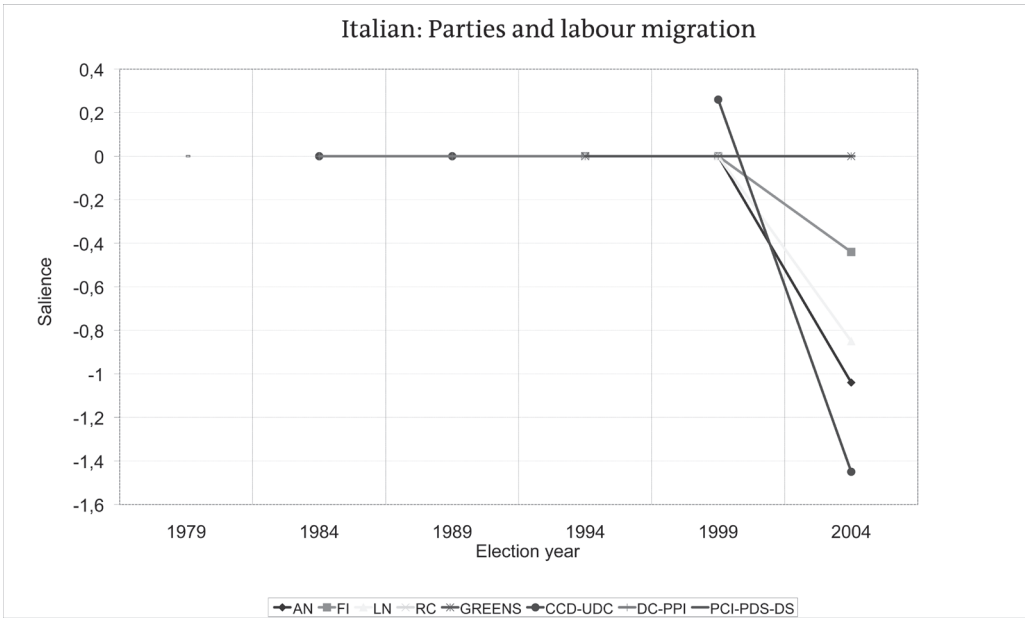
En conclusión, mientras que en España la inmigración es politizada de un modo positivo por los partidos de izquierda, en Italia son los partidos de derecha aquellos que le otorgan más importancia con connotaciones claramente negativas, orientando la discusión sobre la inmigración de un modo opuesto. En estos dos casos se puede observar la importancia del sistema de partidos y de los actores que lo componen. En Italia, la derecha tiene dos partidos con posiciones negativas muy claras respecto a la inmigración, que forma una parte esencial de su discurso y que, además, son fundamentales para la creación de gobiernos estables en la derecha. De un modo opuesto, España carece de partidos relevantes expresamente xenófobos, y los partidos mayoritarios pueden, por tanto, usar la inmigración de un modo positivo, si así lo consideran oportuno, o desenfatizar el tema si tienen una posición más ambivalente, como puede ser el caso de Partido Popular, Convergencia i Unió y el Partido Nacionalista Vasco. Estas diferentes estrategias seguidas por los diversos tipos de partidos, hacen que la inmigración juegue un papel completamente distinto en cada país. Por tanto, ¿cuál es el uso que hacen los partidos de la inmigración? ¿Ha aumentado la importancia de la inmigración laboral y su uso, o se hacen referencias más generales? ¿Qué postura adoptan los partidos individuales?

(30) A. SCHAIN, MARTIN (2008): "Commentary: Why political parties matter", *Journal of European Public Policy* 15 (3): 466-470.

B) Los partidos italianos

El caso italiano presenta evidencias mixtas. Según se planteaba en primera hipótesis, nos esperaríamos que la relevancia de la inmigración en el debate político italiano hubiese aumentado con el paso del tiempo. Esta hipótesis recibe una primera confirmación en los datos presentados en el gráfico 1. Los datos desagregados para los partidos individuales muestran en cambio un cuadro más complejo. De hecho los dos partidos entonces más relevantes en el sistema político italiano, la DC y el PCI, ya en los años "80 introducían en sus programas electorales propuestas sobre los derechos que había que conceder a los inmigrantes presentes en Italia (v. Gráfico 3). Es, además, significativo que ambos partidos compartieran posiciones liberales sobre el asunto.

GRÁFICO 3



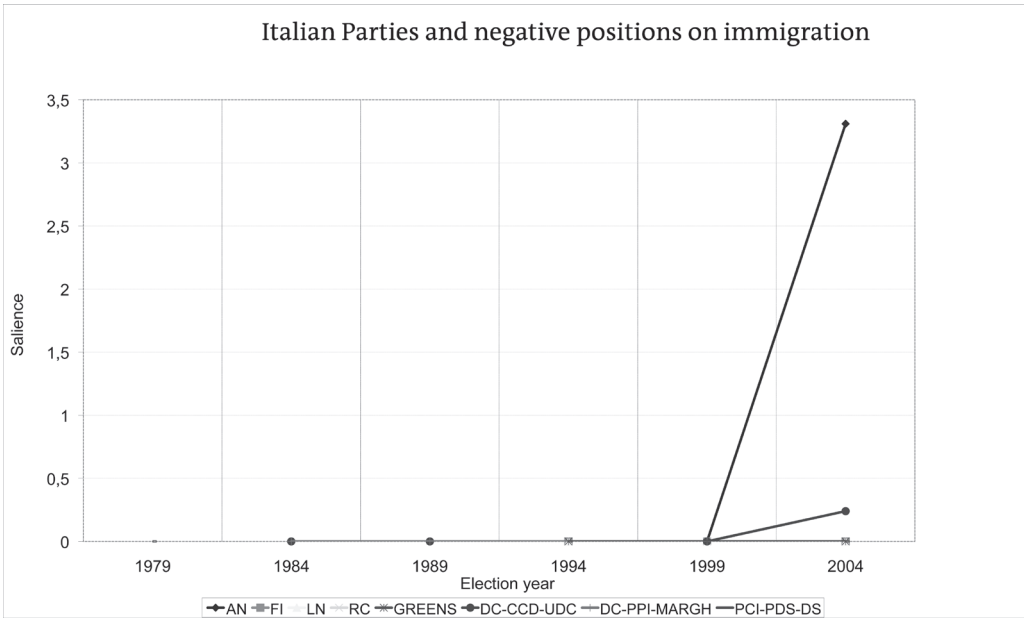
En cambio el debate se centra, en estos casos, sobre los inmigrantes ya presentes sobre el territorio italiano. Más bien, y aquí se encuentra la confirmación parcial de H1, con el tiempo el debate partidista sobre la inmigración adquiere nuevas dimensiones. Los programas de los partidos empiezan a discutir sobre los flujos de inmigrantes y comienzan a conectarlos con el tema del trabajo.

Los datos relativos al caso italiano parecen, en cambio, contradecir la segunda hipótesis (H2), según la cual los partidos de extrema derecha introducen en propio beneficio el fenómeno de la inmigración (cfr. SCHAIN 2008). Forza Italia y CCD-UDC –dos partidos de centro-derecha– son

de hecho los primeros en incorporar en 1999, las políticas de inmigración en sus programas. Es interesante notar que el CCD-UDC lo hace con posiciones "liberales"; mientras que Forza Italia exprime preferencias que parecen sustancialmente equilibradas, dado que las menciones positivas se equilibran perfectamente con las negativas[31].

Según nos indica la hipótesis H3, la distinción derecha/izquierda debería explicar las posiciones de los partidos sobre las políticas *de inmigración*, pero con el pasar del tiempo la diferencia debería reducirse hasta desaparecer, porque los partidos de centro-izquierda tenderían a seguir a los de derechas sobre proposiciones más restrictivas (H3.2). Esta hipótesis ha sido parcialmente rechazada por los datos relativos al caso italiano. Por un lado, es verdad que los partidos de derecha tienden a moverse hacia posiciones cada vez más restrictivas (tendencia evidente en Forza Italia, Lega Nord, AN y CCD-UDC en el gráfico 3 en relación a los trabajadores extranjeros; para AN y CCD-UDC, pero únicamente en el 2004, en relación a la inmigración en general, v. Gráfico 4). Por otro lado, en cambio, los partidos del centro-izquierda y de la izquierda, más que seguir esta tendencia, parecen preferir no exponerse y "sobrevolar" en sus programas electorales las referencias sobre las políticas para la admisión de los inmigrantes (como muestra la prácticamente inexistente relevancia tanto en el gráfico 3 como en el 4).

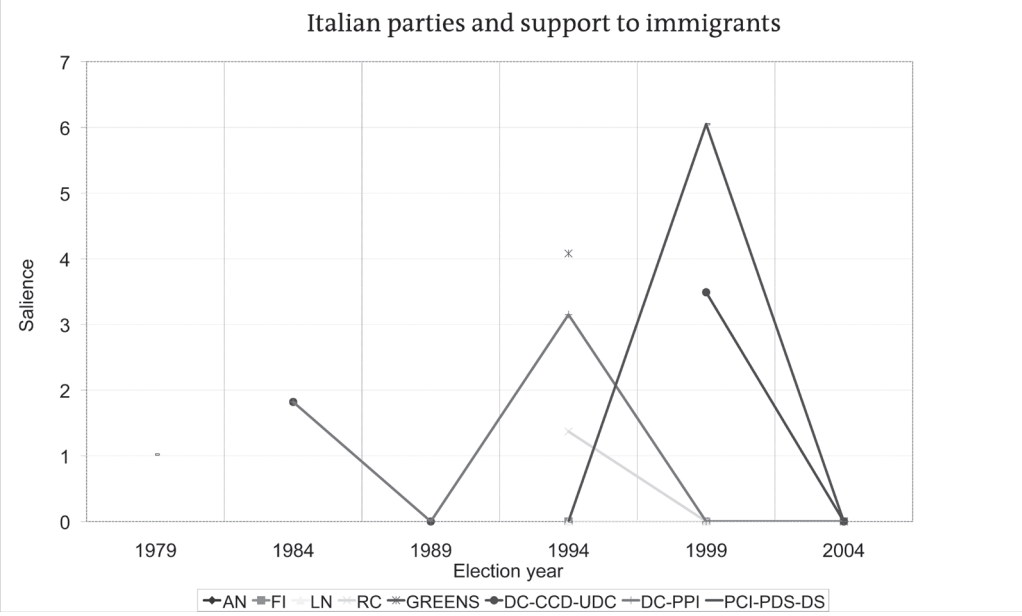
GRÁFICO 4



(31) Es asombroso el silencio sobre el asunto de la Lega Nord. Una posible explicación es que esto se deba a la escasa atención que presta el partido a las elecciones europeas.

En H3.3 se hipotizó que la izquierda continúa distinguiéndose de la derecha por sus propuestas sobre las políticas *para los inmigrantes*, siendo éstas más "liberales" (por ejemplo, proponiendo políticas de apoyos para su integración). Esta hipótesis ha sido decididamente rechazada por los datos mostrados en el gráfico 5, que muestran cómo las propuestas relativas al apoyo hacia los inmigrantes desaparecen progresivamente de los programas de todos los partidos, incluso aquéllas de extrema derecha. Una posible explicación para esto es que los partidos de la izquierda italiana no adoptan posiciones "valientes" y coherentes con su perfil ideológico y sus aspectos solidarios por temor a que tal posición les pueda hacer perder consensos electorales. Un estudio reciente, elaborado precisamente en Italia, ha descubierto que, de hecho, en numerosas ocasiones los electores que se declaran de derechas tienen preferencias políticas de fondo más conservadoras. Es lo que se viene llamando el "modelo del shock izquierda/derecha"[32], tales preferencias restrictivas podrían emerger en presencia de algún evento traumático (por ejemplo, recesiones económicas o cambios imprevisto y consistentes en los flujos migratorios) e induce a los electores de partidos de izquierda a votar a los partidos de la derecha.

GRÁFICO 5



(32) Este modelo ha sido propuesto por SNIDERMAN *et al.* (op. cit.) sobre la base de un estudio estensivo realizado precisamente en Italia.

C) Los partidos españoles

Los datos disponibles para el caso español son muy distintos a aquéllos del caso italiano. Como muestra el gráfico 2, H2 no parece ser convalidada en el caso español. Hay que tener presente que en España no existen partidos de extrema derecha con alguna relevancia parlamentaria. A pesar de considerar las corrientes más extremas presentes en el interior del PP, aun así, H1 es básicamente refutada, dado que el tema de la inmigración está presente en los programas de los partidos españoles desde las primeras elecciones europeas (que tenían lugar a finales de los años 80, es decir, justo en el momento en el que España empezaba su propia transformación de país de emigración a país de inmigración).

Según H3a, la distinción ideológica entre la derecha y la izquierda explica las preferencias de partido respecto a las políticas *de inmigración*. Los datos a nuestra disposición nos llevarían a rechazar la hipótesis, visto que las posiciones más críticas respecto al flujo de inmigrantes han sido expresadas en los programas de CIU e IU (respectivamente en 1994 y 1999, v. gráfico 7). Los partidos mayoritarios, por contra, hasta el 2004 no han incorporado las menciones negativas respecto a la inmigración en sus programas para las elecciones europeas, mostrando una despolitización del tema que es en parte posible por la ausencia de partidos que sistemáticamente introduzcan esta política en el debate electoral, por lo que los partidos mayoritarios pueden decidir estratégicamente no politizar un debate que es complejo y espinoso desde el punto de vista electoral.

GRÁFICO 6

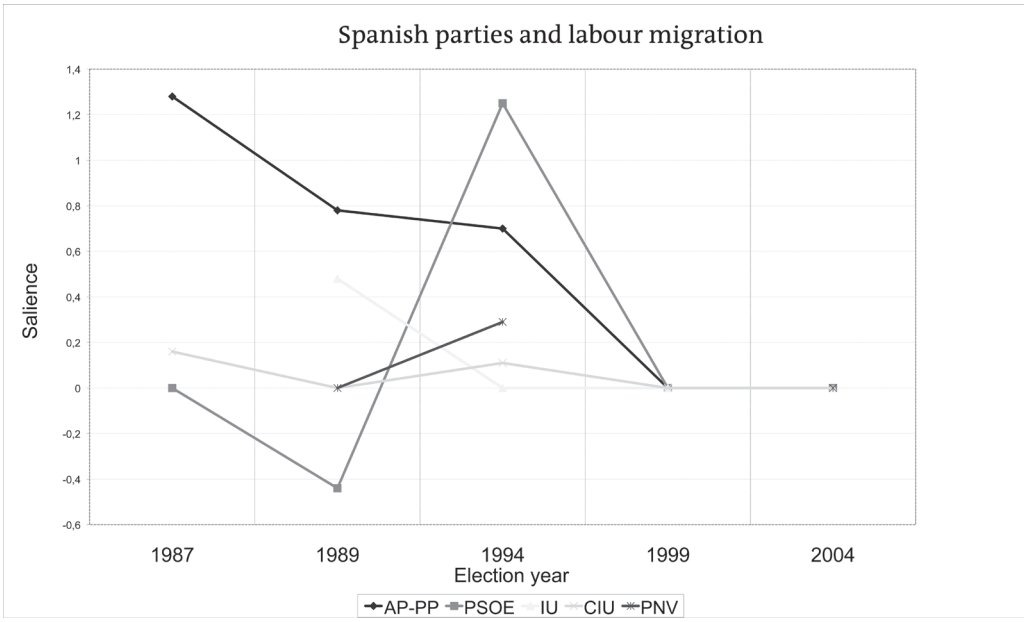
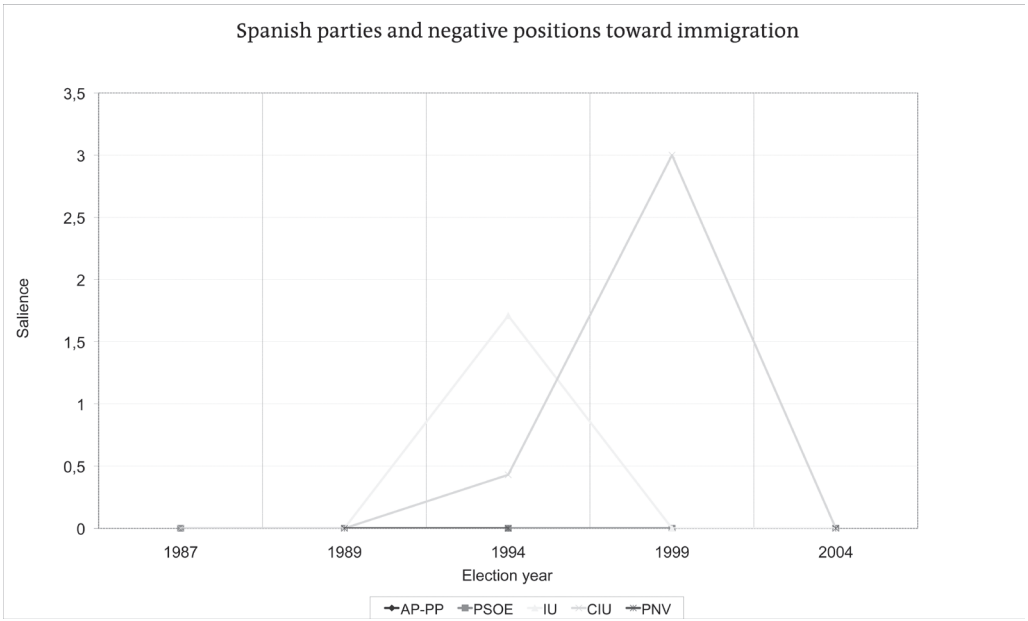


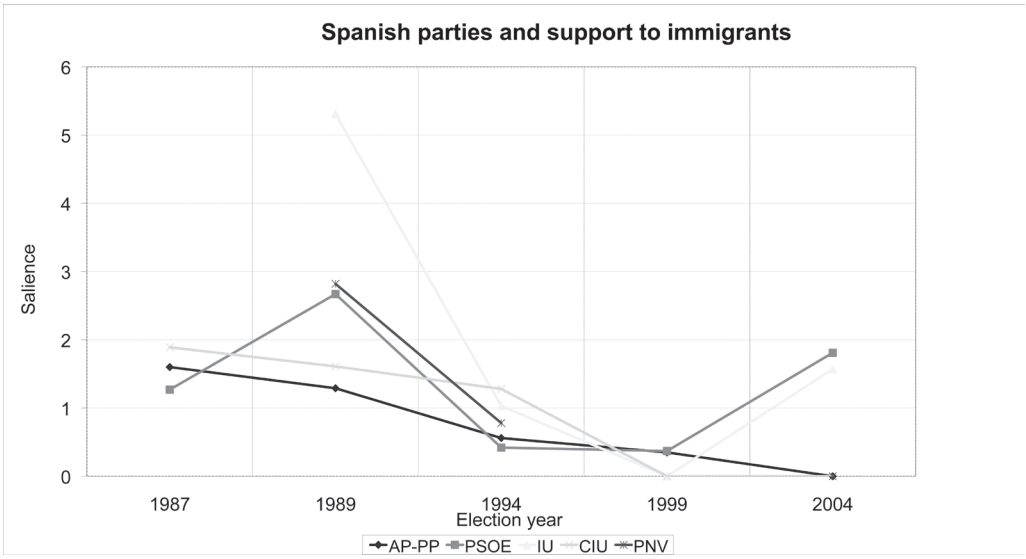
GRÁFICO 7



H3.2, según la cual los partidos de izquierda presentan posiciones más expansivas frente al apoyo a los inmigrantes ya presente en el territorio del país (políticas *hacia los inmigrantes*), que ha sido descartada sobre las bases de los datos relativos al caso italiano, es en cambio sustancialmente verificada en el caso español (gráfico 8). El PP parte de posiciones más bien "liberales", pero en el período observado modifica progresivamente sus propias posturas políticas. Una tendencia similar se observa en los casos de CIU y el PNV. El PP e IU siguen en cambio un camino distinto. Tras las elecciones de 1989 y hasta las de 1999, las menciones favorables a los inmigrantes presentes en territorio español disminuyen progresivamente hasta desaparecer. Hasta el punto que parecen seguir una estrategia similar a las seguidas por los partidos italianos; no contradicen abiertamente su propia ideología solidaria respecto a los inmigrantes; sino que intentan obviar el argumento en sus programas electorales. Pero en las últimas elecciones de 2004 se observa una clara inversión de la tendencia, con ambos partidos de la izquierda que incluyen el tema del apoyo a los inmigrantes en los programas electorales. Esta repentina politización puede ser debida a consideraciones estratégicas que reflejan la relevancia de la inmigración en la competición política durante el último gobierno de Aznar (2000-2004) y su política restrictiva respecto a los derechos de los inmigrantes que movilizó a gran parte de la izquierda. Por tanto, tanto el PSOE como IU tenían el incentivo para otorgar un mayor énfasis a esta política mientras el PP decidía minimizarla. Será interesante ver cómo y en qué medida esta tendencia será persistente. Sobre la base de los datos observados, y si tal tendencia se es-

tabilizara, parecería que los partidos de la izquierda española son más "valientes" que los da la izquierda italiana en explicitar preferencias políticas a favor de los inmigrantes presentes en el territorio.

GRÁFICO 8



VI. CONCLUSIONES

El objetivo principal de este ensayo era comprender el modo en el que la estructura dialéctica entre los partidos respecto a los problemas unidos a la inmigración, sobre la base de los datos que proporcionen una base empírica a un debate teórico delineado en sus aspectos esenciales. Las hipótesis avanzadas están resumidas en la tabla 1, que presenta también de forma sintética los principales resultados del análisis.

TABLA 1

Hipótesis	Italia	España
H1. Relevancia inmigración aumenta con el tiempo	+	-+ (siempre presente en temas de trabajo)

Hipótesis	Italia	España
H2. El tema de la inmigración se incorpora en la agenda de la extrema derecha, a la cual los partidos mayoritarios tienden a alinearse	+- (también la derecha "mayoritaria" desempeña un papel importante en insertar cuestiones en la agenda)	No válida (no existen partidos de extrema derecha)
H3 y H3.1. El eje ideológico izquierda/derecha explica las posiciones sobre política de inmigración	+ (derecha más "restrictiva")	- (al principio, IU y CIU más "restrictivas")
H3.2. Pero en medida decreciente en el tiempo	+- (izquierda "silenciosa")	- (convergencia hacia aquiescencia)
H3.3. El eje ideológico izquierda/derecha explica las posiciones sobre las políticas hacia los inmigrantes	- (izquierda progresivamente silenciosa)	+ (PP hacia posiciones restrictivas, PSOE hacia posiciones liberales)

Resultados de las principales comprobaciones de las hipótesis.

Leyenda: el signo + indica que la hipótesis puede considerarse verificada; el signo – indica que la hipótesis es desestimada; +- significa que la hipótesis no puede adoptarse en pleno, pero tampoco rechazarla de plano.

Todas las hipótesis analizadas (excepto la primera) parten de la idea de que la distinción ideológica entre los partidos de la derecha y los partidos de la izquierda sea una variable determinante para comprender las posiciones de los partidos en materia de inmigración. Los resultados muestran un cuadro complejo. Por un lado, la comprobación de las hipótesis muestra que ninguna (excepto la primera) resiste el test en ambos países. Las hipótesis 2, 3.1 y 3.2 pueden considerarse válidas (algunas veces con reservas) para el caso italiano pero no para el español; mientras que la hipótesis 3.3 es válida en el caso español pero no en el italiano. Por otro lado, el análisis realizado en el parágrafo 5 muestra que sería superficial descartar del todo las hipótesis sobre la relación entre ideología y las posiciones de los partidos en materia de inmigración. La ideología de los partidos y su situación en el eje izquierda/derecha importa, pero la relación se ve influenciada y mediada por una serie de otros factores que resultan determinantes, relativas en especial a las características del sistema de partido (como el número de partidos y la polarización).

La elección de realizar una comparación entre el caso italiano y el español permite obtener ciertas conclusiones, debido a las similitudes y las diferencias entre ambos casos. Los dos países presentan una estructura de flujos migratorios similar en los números y las tendencias, pero con diferencias importantes en términos de sistema de partido (casi bipartidista en el caso español, multipartidista en el italiano). El análisis evidencia que la estructura de los flujos migratorios y el eje ideológico derecha/izquierda no son suficiente para comprender completamente las posiciones de los partidos en materia de inmigración. Son las variables relativas a las características del sistema de partidos las que hay que analizar para obtener una comprensión más profunda de las propuestas políticas. La relación es compleja y "bidireccional".

Por un lado, el sistema quasi-bipartidista estimula una competición tendencialmente centrípeta, es decir, induce a los partidos a asumir posiciones moderadas y "pragmáticas" respecto a la inmigración. Por otro lado, el tema de la inmigración y el uso que hacen los partidos influencia la evolución de la estructura del *cleavage* o fractura derecha/izquierda. De gran importancia se revela la presencia o ausencia de los partidos considerados xenófobos en los contextos examinados. Ésta influencia no sólo y no tanto la "moderación" del debate partidista, sino que actúa sobre el comportamiento del resto de partidos. Los partidos xenófobos empujan hacia el centro de la agenda política la cuestión de la inmigración, y lo hacen recurriendo a argumentos a veces populistas. En un contexto multipartidista y en el que la victoria se juega sobre un número reducido de votos, los partidos mayoritarios pueden no estar en posición de "silenciar" el debate sobre la inmigración. Los problemas no se presentan únicamente para los partidos de centroderecha, que pueden sentirse amenazados por la competición ideológica de los partidos extremistas. También los partidos de la izquierda y del centroizquierda pueden ver erosionado su consenso por parte de partidos que usan argumentos que pueden resultar atractivos a los estratos más débiles de la población. De hecho, uno de los resultados más interesantes del análisis hace referencia al comportamiento de los partidos de izquierda. En ambos países estos partidos intentan despolitizar el debate sobre las políticas de inmigración. Pero existen diferencias evidentes respecto a los partidos de izquierda de los dos países sobre las posiciones en materia de políticas hacia los inmigrantes. Sobre estas políticas, los partidos españoles parecen ser más "valientes" en las propuestas políticas de una cierta "expansividad" en la dirección de la correcta integración de los extranjeros; mientras que los partidos italianos parecen tener un comportamiento más tímido sobre estos argumentos, probablemente por el temor a que sus potenciales electores se vean tentados en el fondo por un comportamiento más rigorista en la gestión del fenómeno migratorio.

Si este ensayo ha ofrecido unas primeras respuestas a las cuestiones encaradas, muchas de ellas quedan aún abiertas. Junto a las variables examinadas existen muchas otras que pueden influenciar la posición de los partidos sobre la inmigración. Es muy probable, por ejemplo, que el contexto económico sea una variable importante: si fases de expansión continua y sostenida como la vivida por España en los años 90 pueden permitir a los partidos adoptar posturas más "liberales" respecto a la inmigración, igualmente verosímil es que en fase de contracción o crisis económica se inhiban los partidos (de izquierda) de sostener tales comportamientos. Por cuanto el argumento vaya más allá del objetivo de este artículo, éste puede representar una buena base para comprobar estas hipótesis controlando las otras variables examinadas.

Notas bibliográficas, apuntes y convocatorias

Notas BIBLIOGRÁFICAS

– ACCEM: *La trata de personas con fines de explotación laboral (Un estudio de aproximación a la realidad en España),* Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid 2008, 214 pp.

– A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Nacionalidad española. Normativa vigente e Interpretación Jurisprudencial*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2008, 292 pp.

– A. M. BAÑÓN y J. FORNIELES (eds.): *Manual sobre comunicación e inmigración*, Editorial Gakoa, Bilbao 2008, 564 pp.

– J. CABEZA PERIERO: *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Ediciones Bomarzo, Albacete 2008, 364 pp.

– J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, A. DURÁN AYAGO y B. L. CARRILLO CARRILLO: *Curso de nacionalidad y extranjería*, Colex, 2ª edic., Madrid 2008, 528 pp.

– COUNCIL OF EUROPE-CONSEIL DE L´EUROPE: *Raising young refugees voices in Europe and beyond,* Estrasburgo 2008, 63 pp.

– COUNCIL OF EUROPE-CONSEIL DE L´EUROPE: *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales-Recueil des textes*, 5ª Edición, Estrasburgo 2008, 67 pp.

– J. DE LUCAS, M. J. AÑÓN ROIG Y OTROS: *Los derechos de participación como elemento de integración de inmigrantes*, Fundación BBVA, Informes 2008, Bilbao 2008, 231 pp.

– C. FERNÁNDEZ BESSA y M. MAZKIARAN: *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus Editorial, Barcelona 2008, 275 pp.

Notas bibliográficas

– L. LAFONT NICUESA (coord.): *Extranjería. Legislación, comentarios y jurisprudencia,* Dykinson, Madrid 2008, 536 pp.

– A. MILIAN I MASSANA: *Globalización y requisitos lingüísticos: Una perspectiva jurídica (Supraestatalidad, libre circulación, inmigración y requisitos lingüísticos*), Atelier, Barcelona 2008, 170 pp.

– A. MUÑOZ AUNIÓN: *Política migratoria de la Unión Europea,* Tirant lo Blanch; Valencia 2008, 621 pp.

– A. ORTEGA GIMÉNEZ (coord.): *Formularios de nacionalidad y extranjería,* Dykinson, Madrid 2008, 502 pp.

– POLÍTICA Y SOCIEDAD (Facultad de Ciencias Políticas y Sociología): *Políticas migratorias en la España de las Autonomías,* 45, nº 1, 2008, 235 pp. (estudios de A. IZQUIERDO, S. LEÓN, P. PUMARES y otros 14 autores).

– P. SANTOLAYA y M. DÍAZ GRECO: *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de derecho comparado,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, 127 pp.

– M. T. SOLER CANTALAPIEDRA: *Legislación sobre Extranjeros,* 13ª Edic., Editorial Civitas, Madrid 2008, 495 pp.

– R. ZAPATA BARRERO y G. PINYOL: *Los gestores del proceso de inmigración (Actores y redes de actores en España y Europa),* Dykynson, Madrid 2008, 220 pp.

Toda la información para TRABAJAR, ESTUDIAR Y VIVIR EN ESPAÑA

PASCUAL AGUELO NAVARRO
Océano, Barcelona 2008

POR:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Profesor Titular en la Universidad de Zaragoza
y Director Adjunto de la REDMEX

Me resulta muy grato poder presentar un libro de mi compañero y **sobre todo amigo** Pascual AGUELO NAVARRO. Abogado en pleno ejercicio, Presidente de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, creador y alma de esta REDMEX, Pascual (con una enorme capacidad de trabajo que, quienes nos hallamos cerca de él, a veces no podemos seguir) es, asimismo, inventor y diario artífice de la Web de Extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Web de referencia a nivel internacional y Sitio Afín del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Colaboramos, desde hace una docena de años, en numerosas tareas relacionadas con las migraciones y la extranjería, enfocando siempre nuestra tarea desde los Derechos Humanos de todos y de todas. Recuerdo estos hechos para que el lector compruebe que no puedo realizar una recensión artificialmente neutral, sino que intento hacerla científicamente válida pero sobre todo cálidamente humana; a pesar de todo, en este muy estimulante empeño espero no perder un ápice de objetividad.

Desde el punto de vista editorial, este libro puede ser considerado como una 2ª edición del MANUAL DEL INMIGRANTE, que tanto éxito tuvo, publicado en 2003; pero –en todo caso- estamos ante una edición modificada completamente, radicalmente, desde su misma raíz. Por eso debo aclarar que hablar de una 2ª edición no supone minusvalorar ni la validez de la obra ni el gran esfuerzo que su autor, me consta, ha invertido en su elaboración.

La obra está dividida en cuatro partes, tituladas respectivamente «Trabajar, estudiar y vivir en España», «Visas», «Procedimientos» y «Direcciones útiles».

La lectura de esta **guía** (como acertadamente se autodenomina en la cubierta) permite afirmar que el autor ha conseguido un difícil empeño: Compaginar de modo armonioso TEORÍA Y REALIDAD. Hablo de este muy significativo logro porque en la mayor parte de las ocasiones, tanto en el mundo académico como en el ámbito profesional, el fiel de la balanza se inclina o hacia la teoría (más o menos mezclada con elementos reales) o hacia la realidad (más o menos teorizada).

Afirmo que conjuga de modo armonioso teoría y realidad porque, en primer lugar, aporta al lector el bagaje teórico esencial y necesario para comprender y sacar todo su beneficio de la lectura de esta obra. La conjugación armoniosa resulta especialmente perceptible en el capítulo 1 (Destino España). Por eso, demostrando una gran capacidad de síntesis, enuncia los diez conceptos clave para el inmigrante, desde la VISA a la situación nacional de empleo, pasando por aspectos tan relevantes como la seguridad social o la situación nacional de empleo. Tal vez estos conceptos sirvan como motor de arranque para que, en el futuro, elaboremos un Diccionario Jurídico de las Migraciones, del que tan necesitados están nuestra sociedad y la propia Ciencia Jurídica.

Notas bibliográficas

La confluencia simultánea y concordante entre teoría y realidad se halla en segundo lugar en la defensa de los Derechos Humanos. También en esta obra Pascual AGUELO plasma su permanente profunda preocupación por el respeto de los Derechos de todas las personas, independientemente de su origen nacional y sea cual fuere su status migratorio (regular o irregular). Se trata de una preocupación transversal en su biografía. Por eso ofrece un muy destacable interés el examen (asimismo sintético) de los derechos y libertades de los inmigrantes, que la obra nos aporta, examen completado con el estudio de la circulación en los países «Schengen». Este tratamiento de los Derechos Humanos constituye una fundamentación teórica (necesariamente breve, para no desnaturalizar la dirección general de la obra) muy elaborada y perfectamente trababa con la práctica.

Porque, en tercer lugar, de ningún modo puede afirmarse que ofrezca menor interés la vertiente práctica de esta **primera parte**. Siguiendo el iter migratorio habitual, examina primero el viaje a España, incluyendo las visas, la entrada, la prórroga de estancia y la estancia irregular.

El establecimiento en nuestro país se centra en la residencia y la adquisición de la nacionalidad española. En el capítulo dedicado a estudiar en el sistema educativo español aborda las migraciones para cursar los pregrados, los grados y los postgrados, sin olvidar temas tan esenciales en la vida académica como las becas, las homologaciones y las convalidaciones.

Al adentrarse en el trabajo en España, el autor estudia el acceso al mercado laboral y otras normas laborales, las visas para trabajar, la autorización de trabajo, su renovación y su modificación; también analiza la denegación y extinción de las autorizaciones para trabajar. Estamos ante cuestiones que plantean una interrogante de primera magnitud a la que nuestras autoridades no están dispuestas a responder: ¿Dónde nacen los derechos laborales del extranjero, en la regularidad de su residencia o en el contrato laboral? Porque desde el Derecho Internacional del Trabajo, sobre todo desde los convenios de la OIT pero también desde el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede afirmarse que son cosas diametralmente distintas, que los Estados confunden con toda su voluntariedad; si se admite que los derechos laborales del extranjero nacen de su contrato de trabajo, ¿cómo es posible afirmar que los extranjeros que se hallen en situación irregular no pueden firmar válidamente un contrato de trabajo? Sí, ya se que el artículo 10 de la LOEX atribuye el derecho al trabajo solamente a los extranjeros que reúnan los requisitos exigidos en dicha Ley y en las disposiciones que la desarrollen, pero algo chirría fuertemente cuando los tratados internacionales válidamente celebrados por España dicen otra cosa.

La problemática de la reagrupación familiar y el matrimonio (celebrado acá o allá, por conveniencia, etc.) configuran el capítulo 6. Sobre la primera cuestión, habremos de recordar que el Convenio europeo de Derechos Humanos en su art. 8 protege el derecho de toda persona a su vida privada y familiar. Pues bien, a pesar de este claro pronunciamiento, se continúa afirmando que la reagrupación familiar no es un Derecho Humano y, por tanto, los Estados pueden prohibirla o restringirla al máximo sin rubor alguno. Pero, si se admite la negación de la reagrupación familiar como Derecho Humano, habremos de preguntarnos dónde queda el Derecho Humano a la vida familiar.

Revisa después Pascual otros aspectos como los derechos y las obligaciones de los apátridas, el derecho a la documentación de todos los extranjeros, incluidos los indocumentados, la petición de asilo de los refugiados y el trato a los menores. La obra estudia además las infracciones y las sanciones en materia migratoria, la expulsión, la devolución y el rechazo en frontera, para finalizar con el régimen de recursos.

Notas bibliográficas

La parte segunda, que discurre de forma paralela a la primera, ofrece una completa y actualizada guía de los documentos que en su momento se le van a exigir al inmigrante para lograr la entrada y la estancia regulares en España. Las listas completas de documentos a presentar en cada una de las situaciones migratorias no resultan fáciles de conseguir, aun cuando estemos en la sociedad del conocimiento, aunque utilicemos las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

Buena muestra del carácter completo de estas listas se halla en las materias abordadas; como prueba de esta afirmación y a título de ejemplo, reseñaremos tres situaciones:

1º ¿Alguien sabe con exactitud la documentación exigida para una visita al territorio español, que desea realizar el extranjero que va a sufrir un tratamiento médico en España? Puede consultarla en la p. 191

2º ¿Qué documentos deben aportar los miembros del servicio doméstico de los diplomáticos acreditados en Madrid, a los cuales (con un lenguaje evidentemente anacrónico, copiado del siglo XIX en su fase no ilustrada) la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas todavía denomina «criados particulares»? Dicha lista se halla en la pág. 197.

3º ¿Cuáles son los documentos que deben presentar los familiares de los altos directivos, que indudablemente son trabajadores asalariados aun cuando a veces se olviden de ello y muestren un elevado pedigrí? Es muy fácil saberlo leyendo la p. 212.

La parte tercera (Procedimientos) recoge las instrucciones para presentar las solicitudes en todas sus variantes, que alcanzan casi la cincuentena. Contiene, asimismo, un apartado complementario, denominado «otros trámites», en el cual podemos hallar precisas indicaciones sobre certificados, permisos y documentos varios. Esta parte se completa con la reproducción de los impresos oficiales.

La parte cuarta (Direcciones útiles) cubre una doble perspectiva, internacional e interna. En la perspectiva internacional contiene una interesante lista de consulados españoles en América Latina; incluye a su vez un catálogo de las representaciones u oficinas consulares de los Estados latinoamericanos en España, ya estén dirigidos por funcionarios consulares de carrera, ya lo estén por cónsules honorarios. Desarrolla por otra parte la perspectiva interna, pues nos ofrece una exhaustiva relación de las oficinas de extranjeros en todo el territorio estatal. Termina esta parte y la obra con un buen número de webs o direcciones más útiles de Internet.

Es hora de finalizar, mas no lo haré sin incluir algunas de las abundantes reflexiones que el libro «Trabajar, estudiar y vivir en España» también me suscita. La obra se dirige a cualquier persona y está preparada para ser leída y consultada por todos y por todas; entre otras cosas, en su impecable didáctica, resulta imprescindible destacar los resúmenes, presentados bajo el sintético epígrafe de «Recuerde...». Pero, a mi entender, esta obra se dirige a tres grandes grupos de personas, a los que podemos denominar «destinatarios privilegiados». Son los inmigrantes, los «abogados extranjeristas» y los universitarios.

En el primer grupo se hallan los protagonistas de esta obra, los inmigrantes, los testigos de la historia (E. VITALE). Desgraciadamente la obra no puede obligar a un reconocimiento efectivo del *Ius Migrandi,* cuya vigencia universal resulta indiscutible hasta hace unos sesenta años y cuya vigencia actual en el ámbito latinoamericano ha de calificarse como innegable.

A pesar de todo, al desplegar sus efectos en la realidad, esta nueva obra de Pascual sin duda contribuirá a hacer menos pesada la ingrata tarea de migrar hacia España, donde la opinión pública general (formada por una clase de nuevos ricos) se olvida de que los españoles fueron hasta hace muy poco tiempo migrantes por millones y de que (a pesar

Notas bibliográficas

del mito elaborado y defendido en la actualidad) no siempre migraron de forma regular, con el correspondiente contrato de trabajo. Esta opinión pública se olvida incluso de que todavía hay más de un millón de españoles emigrados.

En el segundo grupo se sitúan los abogados. En España existe hoy una clara profesionalización de los coloquialmente denominados «abogados extranjeristas», cuyo elevado nivel ético general nadie puede desconocer. Esta profesionalización ha nacido en gran medida de las acciones del autor de esta guía, entre las que (sin ningún ánimo de exhaustividad) destacaré la creación de un Postgrado E-Learning sobre Migraciones Internacionales y Extranjería, la creación, dirección y mantenimiento del Seminario INTERMIGRA, un elevado número de publicaciones y la creación, dirección y mantenimiento de esta REDMEX. Estos abogados –entre ellos Pascual– batallan día a día en la defensa de los derechos humanos de todas las personas, que (por el mero hecho de ser personas) deben estar situadas en pie de igualdad y han de ser tratadas sin ninguna discriminación. En síntesis, estos abogados luchan cotidianamente contra la vulnerabilidad jurídica de los inmigrantes.

En tercer lugar podemos recordar a los universitarios, sobre todo a los que estudian ciencias sociales y jurídicas. La enseñanza del Derecho Migratorio no existe como asignatura en los planes de estudios de las Universidades españolas; sí encontramos alguna muy loable y reciente excepción en la Facultad de Ciencias del Trabajo de Córdoba; por otra parte se ha logrado introducir con carácter de asignatura de libre elección o libre configuración en la Universidad de Zaragoza. La realidad jurídica y social españolas exigen que esta enseñanza se implante ya de modo generalizado en nuestras Universidades, conjugando asimismo en su impartición la teoría y la realidad. Esta obra inicia el que espero que sea un largo y fructífero camino docente.

Doy la **más cordial y cálida ENHORABUENA** a mi amigo Pascual, compañero de tantos trabajos y bastantes fatigas, muchas de las segundas nacidas de los ramalazos de la intransigencia y de la apenas soterrada xenofobia que (por desgracia) en pleno siglo XXI padece nuestra sociedad.

Le doy mi ENHORABUENA por haber escrito un libro que se puede caracterizar por tres notas:

1ª Su excelente fundamentación teórica;

2ª El ser un libro totalmente necesario para muchas personas, en ocasiones aquejadas de una enorme vulnerabilidad, así como para sus defensores.

3ª El ser una obra accesible, comprensible, escrita con lenguaje ameno.

El gran esfuerzo, que me consta que la elaboración de este libro le ha costado al autor, HA MERECIDO LA PENA, hay que colocarlo en el ya muy abultado HABER de su cuenta de resultados como Defensor de los Derechos Humanos.

Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios.Contexto, marco jurídico y contenido

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ
Dykinson, Madrid 2007

POR:

CASTOR MIGUEL DÍAZ BARRADO

Los flujos migratorios vienen recibiendo, en los últimos años, la atención del conjunto de la comu-

Notas bibliográficas

nidad internacional y, en particular, están siendo objeto de análisis por parte de la doctrina científica en muchas de sus perspectivas. *El examen jurídico de esta cuestión es muy necesario* y la posición de España, a estos efectos, resulta de gran interés en la medida en que la situación geográfica y las circunstancias económicas de nuestro Estado lo han constituido en un lugar de acogida de una parte de la migración internacional. Por esto, la obra, detallada y precisa, del Dr. Félix Vacas Fernández tiene el elemento de la oportunidad del que deben estar dotadas las obras científicas y, al mismo tiempo, supone una aportación relevante y rigurosa de la doctrina *iusinternacionalista* española en la materia.

El trabajo presenta, desde una óptica amplia, el fenómeno de los flujos migratorios con un detenido análisis, al principio, de la situación que acontece en Europa y, en particular, en España. Este primer Capítulo, de contenido y alcance más general, se hace preciso para conocer *las dimensiones más relevantes del fenómeno que repercutirán en su tratamiento jurídico* y, así, el Profesor Félix Vacas lo trata sin apartarse de los objetivos primordiales de la obra. Ahora bien, el conjunto del trabajo sería incompleto si no se abordasen, en la medida de lo posible, los aspectos concernientes al marco jurídico internacional relativo a los flujos migratorios, con todas las implicaciones que se derivan de ello.

En esta línea, el Dr. Vacas Fernández ha seleccionado, a mi juicio de manera plenamente correcta, los elementos básicos que configuran dicho marco jurídico y ha puesto el énfasis en aquellos aspectos que, en la actualidad, deben recibir una mayor atención *en función del objetivo de la protección de derechos*. De ahí, que penetre, sin temor, en cuestiones tan complejas como las migraciones y sus relaciones con el desarrollo y con los derechos humanos. No se trata, desde luego, de agotar el contenido de estas relaciones pero sí, como se hace, de apuntar líneas normativas que deben estar presentes en todo estudio de la cuestión. Por esto, cabe decir, sin lugar a dudas, que el Profesor Félix Vacas ha decidido situar la cuestión migratoria en el marco jurídico "constitucional" que determinan principios como los señalados.

Pero el análisis de la realidad española, desde la perspectiva jurídica, en relación con los flujos migratorios necesita de la aproximación a esta materia por parte del *Consejo de Europa y de la Unión Europea*, algo que se hace, en la medida en que es útil, para la comprensión de la política normativa española. Con ello, el trabajo nos aporta elementos que deben ser tenidos en cuenta en la regulación jurídica española, prestándose una especial atención a las indicaciones que facilita el ordenamiento jurídico comunitario.

El minucioso examen del modelo español en materia de convenios que afectan a los flujos migratorios constituye una de las principales aportaciones, entre otras muchas, del trabajo que ahora comentamos. En este sentido, el autor no sólo se limita a observar e interpretar los principios que sustenta la acción de España sino que penetra, con profundidad, en las cuestiones que suscitan más debate, *estableciendo los diversos tipos de convenios y las consecuencias jurídicas que se derivan*.

En resumen, estamos en presencia de una obra que, bien hecha, ha penetrado en uno de los sectores que, desde la óptica del ordenamiento jurídico internacional, precisan ahora de *un mayor desarrollo*. En ella, el lector podrá encontrar *los elementos fundamentales de la regulación y ordenación de los flujos migratorios en Europa y España* y observará cómo el enfoque se hace siempre desde la defensa y protección de los derechos humanos.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- Legislación migratoria y derechos humanos
  1 al 3 de septiembre de 2008. Jaca (Cursos de Verano de la Universidad de Zaragoza).

- III Foro Social Mundial de las Migraciones
  11 al 13 de septiembre de 2008. Rivas Vaciamadrid.

- Derecho Internacional de los Refugiados
  23 al 25 de septiembre de 2008. Cuenca (Universidad Internacional Menéndez Pelayo).

- Jornadas de introducción a la protección internacional en España
  25 y 26 de septiembre de 2008. Córdoba (Ilustre Colegio de Abogados).

- Jornadas de intercambio metodológico en inmigración
  26 de septiembre de 2008. Valladolid (Ayuntamiento. Concejalía de Bienestar Social, Empleo y Familia).

- III Jornadas de Inmigración. Salud, Desarrollo y Sociedad
  23 y 24 de octubre de 2008. Melilla (Palacio de Congresos y Exposiciones).

- Simposio internacional sobre "Migraciones internacionales en el Mediterráneo y la Unión Europea: un reto"
  5 al 7 de noviembre de 2008. Córdoba (Rectorado Universidad de Córdoba).

- Migraciones y economía internacional: acción de la OIT y política europea
  27 y 28 de noviembre. Tenerife, Islas Canarias (Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna).

Año 2008: Las 30 noticias más destacadas en materia de extranjería*

ENERO

- Baremo para reagrupación familiar.
- Cataluña gestionará los permisos de trabajo.
- El PSOE ampliará el plazo de los internamientos.

FEBRERO

- Propuestas electorales sobre inmigración y asilo.
- El contrato de integración del Partido Popular.

MARZO

- Recientes instrucciones sobre menores no acompañados.
- El PSOE gana las elecciones.
- Brasil protesta por los controles de Barajas; Control de entrada a mexicanos y chilenos.

ABRIL

- Acuerdo hispano-brasileño sobre controles fronterizos.
- El PP valenciano resucita el contrato de integración.
- Instrucciones sobre polizones extranjeros.

MAYO

- Directiva de retorno de irregulares.
- Reagrupación de las parejas de hecho.
- Nacionalidad española para ciudadanos saharauis.

JUNIO

- Se aprueba la Directiva de Retorno.
- Plan de retorno voluntario.

JULIO-AGOSTO

- Conflicto de Osetia del Sur y refugiados.
- Condición de apátrida de los saharauis.
- Residencia excepcional a los ascendientes de menores españoles.

(*) Web de extranjería del ReICAZ.

III

SEPTIEMBRE

- Ayudas al retorno voluntario.
- Comienza la reforma de la Ley de Extranjería.

OCTUBRE

- Instrucciones sobre aportación de documentos extranjeros.
- Residencia por circunstancias humanitarias.

NOVIEMBRE

- Sentencias y resoluciones de plena actualidad sobre arraigo.
- Opción a la nacionalidad de nietos españoles.
- Nueva constitución ecuatoriana.
- Medios económicos que deben acreditar los empresarios.

DICIEMBRE

- Reforma de la Ley de Asilo.
- Igualdad de trato: ascendientes no comunitarios de español.
- La pareja de hecho también tiene derechos.
- Reforma de la Ley de Extranjería.
- Borrador de modificación de RELOEX.