

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 Trias** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE BARCELONA. **Francisco Soláns Puyuelo** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE VALENCIA. **María Luisa Trinidad García** PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. UNIVERSIDAD DE ALMERÍA. **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.

TELÉFONO

General Solchaga, 3 47008 Valladolid

FAX

983 457 038 o 902 457 038

E-MAIL

983 457 224

ISSN

clientes@lexnova.es

DEPÓSITO LEGAL

1695-3509

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.

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. El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal**

HERVÉ ANDRÉS

- [45] **II. Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia**

ELENA ZABALO ESCUDERO

- [81] **III. Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería**

RICARDO RUEDA VALDIVIA

DOSSIER: DIRECTIVA DE RETORNO, DIRECTIVA DE EXPULSIÓN

- [121] **Directiva de retorno, Directiva de expulsión. (Nota crítica avuelapluma desde los Derechos Humanos)**

PASCUAL AGUELO NAVARRO Y ÁNGEL CHUECA SANCHO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [169] **I. Índice analítico de voces**

[169] **Asilo**

[177] **Expulsión**

[184] **Derecho al trabajo**

[195] **Permiso de trabajo**

[198] **Derecho Penal**

[202] **Homologación**

[207] **Nacionalidad**

[221] **Régimen comunitario**

- [235] **II. El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008**

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO Y PILAR CHARRO BAENA

CRÓNICAS LEGISLATIVAS:

[259] **I. Crónicas legislativas**

[259] **Fuentes internas**

[260] **Fuentes internacionales**

[261] **Fuentes de la Unión Europea**

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

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[279] **I. Las fronteras y los criterios jurídicos de adquisición de la nacionalidad**

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

[297] **II. El principio de igualdad y no discriminación en las prestaciones asistenciales**

NATALIA CAICEDO

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS:

[327] **I. Notas bibliográficas**

[331] **II. Jornadas sobre 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

El período estival ha estado marcado por la inquietante y alargada sombra de la **Directiva de retorno**, intento de elaboración de una política europea común sobre expulsiones, y ha servido de pretexto para anunciar una nueva modificación de la Ley de Extranjería a realizar en el próximo período legislativo que se abrirá durante el mes de septiembre.

Por ello, en este número de la REDMEX, dedicamos un extenso **Dossier** a analizar la génesis y contenido esencial de la Directiva desde la perspectiva de los derechos humanos de todas las personas.

A la espera de la concreta propuesta de reforma de la **Ley de Extranjería**, los cambios proyectados consistirían especialmente en:

- La prolongación del período de internamiento más allá de los 40 días actuales y posible regulación *ex novo* del internamiento de menores sujetos a procesos de repatriación.
- El establecimiento de restricciones a la **reagrupación familiar** de ascendientes e hijos. En este supuesto no debemos olvidar el límite que impone la Directiva europea sobre reagrupación familiar.

De gran utilidad resultará el estudio del artículo que en este número 18 de la REDMEX se dedica al examen del **derecho de los extranjeros a vivir en familia**.

Se ha concretado también el nombramiento de un **embajador especial** encargado de negociar tratados internacionales sobre reciprocidad con los principales países origen de inmigración, que deberían posibilitar la participación de un amplio número de inmigrantes en los procesos electorales locales. Previamente se había hecho público el anuncio de iniciar el estudio de los trámites tendentes a la ratificación por España del Convenio Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas Migrantes de 1990; se trata de una noticia de signo esperanzador, largamente solicitada desde diversas instancias, incluida esta REDMEX.

Precisamente el primero de los artículos de este número de la REDMEX reflexiona amplia y documentadamente sobre el **derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal**.

En el panorama próximo nos encontramos con la entrada en vigor el día 28 de diciembre de 2008 de la **Ley de Memoria Histórica** que contiene importantes reformas en materia de nacionalidad, que deben posibilitar el acceso a la nacionalidad española de los nietos de españoles. Hay que advertir que el Reglamento de desarrollo de las previsiones de la Ley todavía no ha sido dado a conocer.

La REDMEX contiene asimismo un interesante estudio que analiza los criterios jurídicos de la adquisición de la nacionalidad.

En el plano jurisprudencial destaca una nueva sentencia del Tribunal Supremo sobre el reconocimiento de la condición de apátrida de los saharauis. Teniendo en cuenta el criterio contrario a su reconocimiento, aplicado por la Oficina de Asilo y Refugio, esta jurisprudencia originará un buen número de recursos contenciosos. También es importante el goteo de sentencias favorables a la concesión de permisos de residencia excepcionales a los ascendientes de menores españoles.

La crisis económica y el anuncio por el Ministro de Trabajo e Inmigración de la aprobación de una serie de medidas tendentes a favorecer el retorno voluntario de inmigrantes a su país de origen y a la espera de su concreta regulación han hecho surgir un cierto incremento de consultas al respecto que todavía no resulta sencillo evaluar.

Relacionado con estos temas, este número de la REDMEX contiene un doble trabajo: uno sobre la STS de 18 de marzo de 2008 acerca del derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular y otro interesante estudio sobre la problemática de las prestaciones asistenciales.

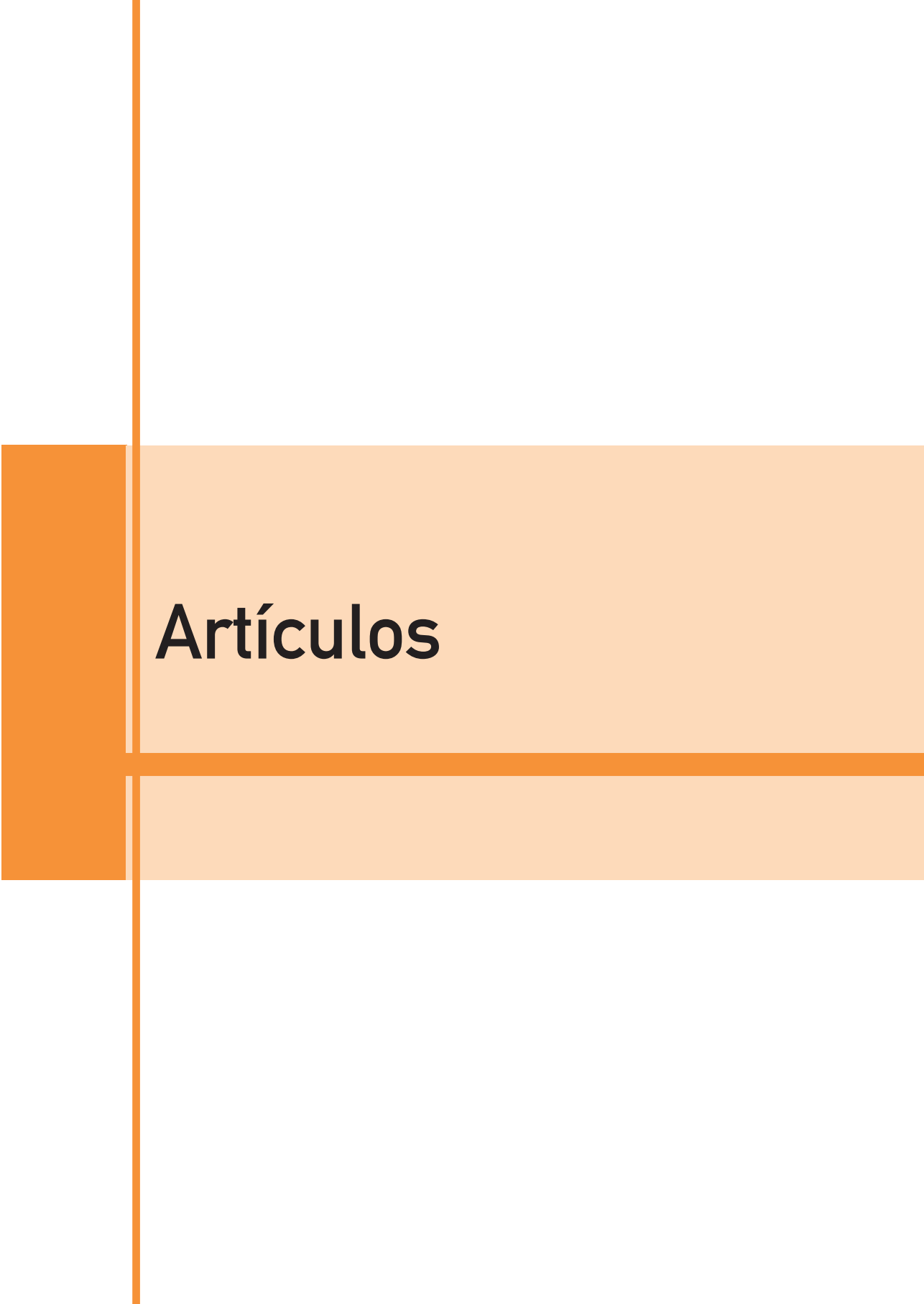
La llegada de cayucos y pateras a las costas canarias y andaluzas; el insoportable goteo de muertes provocadas en esas travesías; las constantes restricciones en la entrada por el aeropuerto de Barajas; la aprobación del contrato de integración valenciano, y la adopción por la Generalitat catalana de discutibles medidas en materia educativa han continuado llenando un buen número de titulares de los diferentes medios de comunicación si bien sin la gravedad de tratamiento e intensidad de otros veranos.

El tema de la *violencia de género* en relación con la extranjería es abordado por otro de los artículos de la REDMEX.

Por su parte, las habituales secciones, “Crónica de Jurisprudencia” y “Legislación” nos ofrecen las novedades de mayor interés del período.

De vuelta a los lugares de trabajo confiamos que este nuevo número 18 de la REDMEX resulte de provechosa lectura y de herramienta útil para el quehacer cotidiano de quienes estamos implicados en la defensa de los derechos humanos de las personas migrantes.

Buen retorno veraniego y buena suerte.

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

Artículos

HERVÉ ANDRÉS

Ingeniero en el Centro Nacional (francés) de Investigaciones Científicas (CNRS), Laboratorio "Migraciones y Sociedad" (URMIS), Niza.
Doctor en Ciencia Política por la Universidad Denis Diderot (París VII).
(herve.andres@unice.fr)

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal*

RESUMEN

EL DERECHO DE VOTO DE LOS EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO UNIVERSAL

La cuestión del derecho de voto de los extranjeros ha sido considerada como irrelevante durante muchos años, dado que parecía obvio el vínculo entre nacionalidad y derecho de voto. Pero la extensión de este derecho a extranjeros es ya una realidad en muchos países y se plantea el debate en muchos otros. En el fondo, se trata del problema teórico político de la dialéctica nacionalidad / ciudadanía, es decir, de la articulación entre los principios de soberanía y de democracia. Este artículo presenta brevemente un panorama de la cuestión a partir del Derecho Internacional y del Derecho Europeo, desde la situación efectiva del derecho de voto de los extranjeros en el planeta.

ABSTRACT

NONCITIZENS VOTING RIGHT IN THE UNIVERSAL SCOPE

Noncitizen voting rights have been unquestioned for a long time, since the link between nationality and voting right seemed to be obvious. But the expansion of voting rights to noncitizens is now a reality in several countries, and is debated in many others. Theoretically, the problem of the nationality / citizenship debate is linked to the political principles of sovereignty and democracy. This paper gives a general overview of current noncitizen voting rights, in international law, European law, and the most part of the countries in the world.

(*) Traducción de Ángel G. CHUECA SANCHO, Profesor Titular en la Universidad de Zaragoza y Director Adjunto de la RED-MEX.

Hervé Andrés

SUMARIO

I. Introducción.

II. Los escasos recursos del Derecho Internacional.

III. El Derecho de voto de los ciudadanos de la Unión Europea. A) Elección de los diputados al Parlamento Europeo. B) Elecciones municipales.

IV. El derecho de voto de los extranjeros en el mundo. A) Europa, campo de múltiples experimentos. B) Una práctica antigua y extendida en América del Norte y América Central. C) Una apertura generalizada en América del Sur. D) En África, una práctica aislada y un verdadero problema político. E) Escasas aperturas y debates actuales en Asia. F) Una práctica histórica ligada a la inmigración europea en Oceanía.

V. A modo de síntesis.

VI. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

En 1995, Francis DELPÉRÉE explicaba que la cuestión de los derechos políticos de los extranjeros no había recibido la menor atención durante muchos años y que la regla de la exclusión del extranjero prevalecía muy ampliamente todavía, incluida Europa¹. La participación de los extranjeros en las elecciones era excepcional. Como señalaba en general Danièle LOCHAK, el extranjero aparecía internacionalmente como el eterno excluido y, en materia política, el sistema de los Estados-nación había consolidado la irreductible frontera entre el nacional y el extranjero, privado de los derechos políticos en general y del derecho de voto en particular².

A pesar de todo, a comienzos del s. XXI, la cuestión del derecho de voto de los extranjeros se halla en pleno debate en numerosos Estados del mundo. Hace una quincena de años, uno de los actos fundadores de la Unión Europea ha consistido precisamente en establecer el derecho de voto y de elegibilidad municipal y europea para los Ciudadanos de la Unión, de manera que en Europa la ciudadanía y la nacionalidad han sido separadas parcialmente. Como la cuestión de la inmigración ha surgido en numerosos países, los debates políticos afectan a la vez a la

(1) F. DELPÉRÉE: *Les droits politiques des étrangers*, Paris, PUF, Que sais-je?, 1995.

(2) "Homo politicus", en D. LOCHAK: *Etrangers, de quels droits ?*, Paris, PUF, 1985.

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

necesidad de respetar los principios democráticos y los derechos humanos y, al mismo tiempo, afectan a las posibles respuestas a dar a las nociones de identidad nacional y de soberanía. En este marco se discute en los círculos políticos próximos el problema del derecho de voto de los extranjeros, discusión a veces instrumentalizada por responsables políticos xenófobos, mientras no se abordan realmente las cuestiones de fondo.

Parece, no obstante, que la cuestión tiene importancia, ya que puede interpretarse como reveladora de un sistema de contradicciones en los fundamentos teóricos de los regímenes democráticos modernos, basados en el principio de soberanía. En el fondo, tras la dialéctica nacionalidad/ciudadanía, está la cuestión de la relación entre democracia y soberanía. Efectivamente, el derecho de voto es una de las principales herramientas, instrumentales y simbólicas simultáneamente, de la democracia moderna. Y, al mismo tiempo, el sistema de soberanía conduce a trazar fundamentalmente una frontera entre nacionales y extranjeros. De esta forma los extranjeros se hallan en una situación paradójica. Situados en el territorio del Estado de residencia, están sometidos a la soberanía de un Estado en cuya legitimación (aunque sea simbólica) no participan. Así el hecho de negar a los extranjeros el derecho de voto socava los fundamentos democráticos del régimen político. Pero la propuesta de concederles la igualdad de derechos con los nacionales se enfrenta a las tradiciones y a los fundamentos teóricos del principio de soberanía. Éste es el nudo problemático entre soberanía y democracia que constituye, a mi entender, la cuestión teórica fundamental del problema del voto de los extranjeros³.

Si esta cuestión merece una atención particular en el plano político teórico, seguramente necesita ser tratada asimismo en el plano jurídico. El objeto del presente estudio es pues contribuir a poner sobre la mesa el estado de la cuestión, desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, aun cuando se corre el riesgo de desconcertar al lector habituado a las interpretaciones jurídicas tradicionales, tomo la decisión de exponer los problemas en un primer momento de un modo relativamente descriptivo, sin entrar en los debates jurídicos, sobre todo sin entrar en las controversias constitucionales, porque mi propósito es alimentar la reflexión política sobre la cuestión. Tengo interés en establecer un marco con sus contradicciones, para mostrar que se hallan en juego sobre todo opciones políticas.

En primer lugar, se trata de preguntarnos si el derecho de voto de los extranjeros podría fundamentarse en el Derecho Internacional. Efectivamente, cuestionando el estatuto político de los extranjeros en el territorio del Estado del cual no son nacionales, el problema deriva indiscutiblemente del Derecho Internacional, aunque sólo sea porque se hallan implicados varios Estados. Por tanto, podemos preguntarnos si las normas jurídicas internacionales podrían hacer progresar el derecho de voto como un derecho ligado a cada persona, cualquiera que sea su lugar de residencia o su nacionalidad.

En un segundo momento presentaremos de manera relativamente detallada la aplicación efectiva de la ciudadanía de la Unión Europea, que ha llevado sobre todo a establecer el derecho

(3) Ver mi tesis doctoral (H. ANDRÈS: *Le droit de vote des étrangers, état des lieux et fondements théoriques*, Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas, realizada bajo la dirección de Chemillier-Gendreau, Université Paris VII - Denis Diderot, 2007, 462 pp., <http://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00130445>).

de voto de los “ciudadanos europeos” en los Estados miembros. Aunque esta cuestión ha sido abundantemente tratada por la literatura científica, parece necesario estudiar cómo una norma contenida en un tratado entre Estados ha sido aplicada por las instituciones europeas y los Estados en la práctica. Indudablemente esta norma ha contribuido a quebrar el paradigma del derecho de voto como un atributo de los nacionales.

Después, finalmente, se tratará de establecer un estado de la cuestión con una amplitud inédita sobre el estado del derecho de voto de los extranjeros en el mundo, con el fin de demostrar que esta propuesta seguramente no es una utopía sino que (por el contrario) podría estar comenzando a sufrir una canalización, o sea una generalización, en el albor del siglo XXI, cuestionando de esta forma no solamente los prejuicios sino, fundamentalmente, el paradigma de los Estados soberanos democráticos.

Sin embargo, con el fin de desarrollar estos puntos, sin duda conviene formular algunas precisiones.

El derecho de voto forma parte de los “derechos políticos fundamentales”⁴. Significa sobre todo el derecho de elegir, o sea, como afirma CARRÉ DE MALBERG, “la facultad para el ciudadano elector de participar, mediante la emisión de su sufragio personal, en las operaciones mediante las cuales el cuerpo electoral procede a la nominación de las autoridades a elegir”⁵.

El derecho de voto forma igualmente parte de los “derechos políticos derivados”⁶, e incluye por tanto el derecho a participar en los referendos, las votaciones (en las cuales el cuerpo electoral decide directamente) u otras consultas (en las cuales el cuerpo electoral emite un dictamen puramente consultivo).

El derecho de voto constituye pues un instrumento de la democracia representativa y de la democracia directa.

En la siguiente exposición, el derecho de voto se entiende por tanto a la vez el derecho a elegir y el derecho a participar directamente en los referendos y otras consultas. Por un abuso del lenguaje, y para evitar algunas repeticiones inútiles, emplearé a veces el término “elección” en el sentido de escrutinio, incluyendo no solamente las elecciones sino también los votos directos (referendos).

Por otra parte, trataré aquí del derecho de voto y, en general, no trataré del derecho de elegibilidad. Desde luego ambos están ligados no solamente porque son sustancialmente indisolubles (el derecho de elegir no existe más que en la medida en la que existe el derecho de ser elegido),

(4) Según las definiciones genealmente admitidas, sobre todo la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, los derechos políticos fundamentales implican principalmente tres atributos: El derecho a elegir, el derecho de ser elegido y el derecho de ejercer una función pública. Ver por ejemplo DELPÉRÉE (op. cit., p. 6) .

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

(6) *Ibid.*, p. 78.

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

sino también porque tradicionalmente la mayor parte del tiempo funcionan directamente de modo conjunto. Maurice HAURIOU exponía de la siguiente forma el principio de uniformización de estos derechos: “El disfrute del derecho de elegibilidad pertenece en principio a todos cuantos tienen el derecho de voto. El uno implica el otro. Cuando se es elector, se es elegible”⁷.

A pesar de todo, nuestro estudio del derecho positivo demuestra que en realidad estos dos derechos tan próximos teóricamente con frecuencia se hallan separados en la práctica⁸.

En nuestro caso, el derecho de voto concedido a los extranjeros no está automáticamente unido al mismo derecho de elegibilidad. Con gran frecuencia el derecho de elegibilidad constituye la “avanzadilla” del derecho de voto. Italia concedía en 1984 a los extranjeros nacionales de Estados miembros de la Comunidad Europea no el derecho de voto sino el derecho a ser elegidos para el Parlamento Europeo y por eso el francés Maurice DUVERGER fue elegido como diputado europeo “italiano”⁹.

Por razones metodológicas, conociendo la diversidad de las situaciones existentes en la materia, limitaré este estudio sólo al derecho de voto de los extranjeros, sabiendo que en muchos casos el derecho de elegibilidad de los extranjeros es reducido o está sometido a condiciones muy restrictivas.

II. LOS ESCASOS RECURSOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Un primer modo de tratar la cuestión consiste en preguntarse si las normas del Derecho Internacional están en condiciones de fundamentar jurídicamente el derecho de voto de los extranjeros.

Globalmente la respuesta es negativa. Fuera de los tratados europeos, ninguna norma internacional compromete realmente a los Estados a establecer el voto de los extranjeros como un derecho.

Desde luego, los principios generales de igualdad de derechos y de no discriminación, proclamados en los textos internacionales y sobre todo en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 podrían constituir una base para el derecho de voto de los extranjeros: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”¹⁰. Pero la mayor parte de los textos enuncian, por un lado, un principio universalista y, por el otro, restricciones a estos principios, sobre todo limitando con frecuencia el ejercicio de los derechos tan sólo a los nacionales

(7) *Ibíd.*, p. 48.

(8) Ver el capítulo 2.º de mi tesis doctoral, dedicado a las contradicciones jurídicas (ANDRÈS, *op. cit.*, pp. 41 y ss.).

(9) DELPÉRÉE, (*op. cit.*, p. 46).

(10) Declaración Universal de Derechos Humanos 1948, artículo 1.

de los Estados. Hasta el momento, la debilidad de las jurisdicciones internacionales no permite asegurar la efectividad de numerosos derechos proclamados. En cuanto al derecho de voto, en el actual estado de cosas es difícil encontrar, en los derechos universales proclamados, recursos suficientes para justificar el derecho de voto de los extranjeros.

Desde luego la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 proclama el derecho para “toda persona” de “participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”. Añade que “la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto” (artículo 21). Pero estos derechos concedidos a “toda persona” en “su país” se entienden según la doctrina dominante y la jurisprudencia, como derechos vinculados a los nacionales de cada país.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹¹ establece el derecho de “todo ciudadano” de “votar y ser elegido en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores” (artículo 25). Prohíbe igualmente cualquier forma de discriminación “por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (artículo 26).

Pero también está claramente estipulado que los derechos políticos reconocidos por el Pacto solamente se garantizan a los “ciudadanos” (lo que en la práctica significa los nacionales, los titulares de la nacionalidad del Estado concreto) y que los extranjeros pueden ser excluidos de ellos:

“A diferencia de otros derechos y libertades reconocidos por el Pacto (que se garantizan a todas las personas dentro del territorio y sujetos a la jurisdicción del Estado), el artículo 25 protege los derechos de ‘cada uno de los ciudadanos’. En sus informes, los Estados deben describir las disposiciones jurídicas que definen la ciudadanía en el contexto de los derechos amparados por ese artículo. No se permite hacer distinción alguna entre los ciudadanos en lo concerniente al goce de esos derechos por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Las distinciones entre los que tienen derecho a la ciudadanía por motivo de nacimiento y los que la adquieren por naturalización pueden plantear cuestiones de compatibilidad con las disposiciones del artículo 25. En los informes de los Estados se deberá indicar si cualesquiera grupos, como los residentes permanentes, gozan de tales derechos en forma limitada, como por ejemplo, teniendo derecho a votar en las elecciones locales o a desempeñar determinados cargos públicos”¹².

(11) http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/a_ccpr_fr.htm.

(12) Observación general núm. 25 (57.º período), *Recopilación de las Observaciones Generales y recomendaciones generales adoptadas por Órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos*, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004, en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/HRI.GEN.1.Rev.7.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/HRI.GEN.1.Rev.7.Sp?Opendocument).

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

En esta redacción no hay duda de que las categorías de “ciudadanos” y de “residentes permanentes” se oponen mutuamente. Los ciudadanos son los nacionales y los residentes permanentes son los extranjeros.

En el ámbito del Consejo de Europa, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950)¹³ regula la prohibición de toda discriminación “especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación” (artículo 14). Su protocolo adicional¹⁴ incluye el compromiso de los Estados de organizar “elecciones libres (...) en condiciones que aseguren la libre expresión de la opinión *del pueblo* (curiosa añadida) en la elección del cuerpo legislativo”. Pero la Convención establece explícitamente el derecho de los Estados de restringir “la actividad política de los extranjeros” (artículo 16).

En el marco del Consejo de Europa se han formulado asimismo otros muchos textos, exponiendo el deseo de la instauración del derecho de voto de los extranjeros al menos a nivel local.

Así sucede con el Código de Buena Conducta en materia electoral (2002)¹⁵, que reitera los principios del patrimonio electoral europeo y establece que el sufragio universal puede ser sometido a ciertas condiciones, especialmente la de nacionalidad. Pero formula el deseo de que, “tras un cierto período de residencia, los extranjeros dispongan del derecho de voto en el ámbito local” (artículo 1).

Sin embargo, hasta ahora, nada permite fundamentar en ese texto el derecho de voto de los extranjeros. Por el contrario, está bien fijado el derecho de los Estados a no conceder este derecho de sufragio. Pero el Consejo de Europa adoptaba en 1992 una Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local (STCE 144)¹⁶, que constituye un avance sin precedentes hacia el derecho de voto de los extranjeros, un avance importante aunque limitado.

En 2008 la habían ratificado 8 Estados (Albania, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Italia, Noruega, Países Bajos y Suecia). Otros cinco la habían firmado, pero no ratificado: Chipre, Eslovenia, Lituania, República Checa y Reino Unido.

Esta Convención reafirma en su preámbulo las referencias a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. Partiendo de la presencia numerosa de residentes extranjeros en el territorio europeo y de la importancia de la participación de los mismos a nivel local, afirma la necesidad de mejorar esta participación en los asuntos públicos locales.

(13) <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/005.htm>.

(14) París, 20 de marzo de 1952, STCE núm. 009, <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/009.htm>.

(15) Texto adoptado por la Comisión europea para la democracia a través del derecho (la Comisión de Venecia), en su 51 sesión plenaria (5-6 de julio de 2002), y sometido a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 6 de noviembre de 2002. [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023rev-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023rev-f.asp).

(16) <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=144&CL=FRE>.

Esta Convención establece tres grandes categorías de medidas para conceder progresivamente a los extranjeros derechos políticos, sometidos a criterios de residencia: A) Medidas destinadas a informar plenamente a los extranjeros de sus derechos y sus deberes cívicos y a garantizarles, en las mismas condiciones que a los nacionales, la libertad de expresión, de reunión pacífica y de asociación, así como medidas que intentan asociarlos a los procesos de consulta y a los referendos sobre cuestiones locales; B) la creación de comités consultivos o de otros mecanismos institucionales que permitan a los residentes extranjeros exponer su punto de vista a las autoridades locales; C) la concesión del derecho de voto y la elegibilidad en las elecciones locales, a reserva de ciertos criterios de residencia:

“Capítulo C-Derecho de voto en las elecciones locales

Art. 6

1. Cada Estado parte se compromete, a reserva de las disposiciones del artículo 9, párrafo 1, a conceder el derecho de voto y de elegibilidad en las elecciones locales a todo residente extranjero, siempre que cumpla las mismas condiciones que las que se aplican a los nacionales y, además, haya residido legal y habitualmente en el Estado afectado durante los últimos cinco años precedentes a las elecciones.

2. Un Estado parte puede declarar sin embargo, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que desea limitar la aplicación del párrafo 1 únicamente al derecho de voto.

Art. 7

Cada Estado parte puede, unilateralmente o mediante acuerdos bilaterales o multilaterales, estipular que las condiciones de residencia especificadas en el artículo 6 quedan cubiertas mediante un período de residencia más corto”.

Numerosas disposiciones de la Convención permiten sin embargo no aplicar el derecho de voto de los extranjeros. Por un lado, los Estados parte pueden no aplicar las disposiciones de los capítulos B y C (artículo 1). Por otra parte, “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”, pueden suspenderse los derechos políticos de los extranjeros (artículo 9). Finalmente conviene precisar que los residentes extranjeros objeto de la Convención son los residentes legales (artículo 2).

Según el artículo 1, los Estados pueden participar en esta Convención, sin conceder a los residentes extranjeros el derecho de voto en las elecciones locales.

Islandia y Suecia aplican sin reservas la totalidad de la Convención. Dinamarca, Finlandia, Noruega y los Países Bajos han formulado algunas reservas o precisiones sobre la aplicación a ciertos territorios. Estos seis países se han comprometido en la Convención a aplicar el derecho de voto a los extranjeros.

Albania e Italia han declarado que no aplican el capítulo C y por tanto no se han comprometido en la Convención a aplicar el derecho de voto a los extranjeros.

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

Por tanto, la Convención es un instrumento sobre el derecho de voto de los extranjeros cuya efectividad es muy limitada por el momento.

Como, a mi entender, los tribunales internacionales no han abordado nunca directamente la cuestión, su jurisprudencia, basada en los textos antes citados, conduce sistemáticamente a reconocer a los Estados el derecho de excluir a los extranjeros del derecho de voto.

Por el momento, el derecho de voto está globalmente reconocido como un derecho de los nacionales (titulares de la nacionalidad del Estado afectado) e incluso los Estados tienen derecho a excluir a ciertas categorías de nacionales, si se cumplen ciertas condiciones.

El derecho de voto no está reconocido como un derecho humano, como un derecho universal. Entre otras, esta cuestión se halla sin duda en el corazón de los problemas de la democracia en un sistema internacional basado en el principio de soberanía¹⁷.

Ya ARENDT demostró en su tiempo cómo el fundamento estado-nacional de los derechos permitía privar a ciertos seres humanos del “derecho a tener derechos”¹⁸. Hoy, a la vista de las posibilidades que para la vida de los seres humanos ofrece el que sean reconocidos como ciudadanos, tal vez convendría explorar la pista de un reconocimiento universal del derecho de voto, del reconocimiento como un derecho humano.

Pero parece que por el momento éste no es el caso, y los debates sobre el derecho de voto de los extranjeros se realizan en el interior de los espacios públicos nacionales. Por eso, salvo los tratados europeos y algunos convenios bilaterales¹⁹, no puede invocarse ninguna norma jurídica internacional para apoyar el derecho de voto de los extranjeros.

El establecimiento en Europa del derecho de voto de los Ciudadanos de la Unión constituye indiscutiblemente una experiencia de una amplitud y una importancia sin precedentes. Por eso, antes de elaborar una tabla general sobre la situación del derecho de voto de los extranjeros en el derecho positivo actual en los cinco continentes, resulta muy útil presentar un estudio relativamente preciso sobre la aplicación, en el marco de la Unión Europea, del derecho de voto de los extranjeros en más de una veintena de Estados.

III. EL DERECHO DE VOTO DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA

La ciudadanía de la Unión Europea fue establecida por el Tratado de Maastricht en 1992. Es ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro (artículo 17 TCE). Todo ciudadano de la Unión tiene sobre todo el derecho de voto y de elegibilidad en las

(17) Ver M. CHEMILLIER-GENDREAU: *Droit international et démocratie mondiale. Les raisons d'un échec*, Paris, Textuel, 2002.

(18) H. ARENDT: *Les origines du totalitarisme. L'Impérialisme*, Paris, Fayard, Points, 1982.

(19) Ver más adelante.

elecciones municipales y en las elecciones europeas (artículo 19 TCE). La ciudadanía europea es el fruto de un largo proceso comenzado desde los primeros años de la construcción europea moderna, en el cual la cuestión del derecho de voto ha sido abordada en numerosas ocasiones desde 1974 y en el que la asamblea europea ha jugado un papel importante²⁰.

Además del derecho de voto y de elegibilidad en las elecciones municipales y del Parlamento Europeo, la ciudadanía de la Unión concede asimismo derecho:

- A la libertad de circulación y de residencia en todo el territorio de la Unión (artículo 18).
- A la protección diplomática y consular de las autoridades de cualquier Estado miembro cuando el Estado del cual el individuo es nacional no tiene representación en un Estado tercero (artículo 20).
- El derecho de petición, de dirigirse al Defensor del Pueblo y de comunicarse en su lengua (artículo 21)²¹.

Dos Directivas del Consejo de la Unión fijan las modalidades del ejercicio del derecho de voto y de elegibilidad de los ciudadanos de la Unión que residan en un Estado miembro del cual no sean nacionales, en las elecciones al Parlamento Europeo²² y en las elecciones municipales²³.

A) Elección de los diputados al Parlamento Europeo

Los tratados iniciales, aun decidiendo que la asamblea europea estaría inicialmente formada por miembros designados por los parlamentos nacionales, habían previsto que después sería elegida por sufragio directo sobre la base de un proyecto elaborado por la misma asamblea. Ello

(20) Para una síntesis histórica, consultar por ejemplo la posición del Consejo Constitucional francés: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1998/98400/ht980520.htm>.

(21) El derecho de petición y el derecho de queja al Defensor europeo no se reservan a los ciudadanos de la Unión, porque los artículos 194 y 195 los conceden igualmente a “toda persona física o jurídica que resida o tenga su sede estatutaria en un Estado miembro”.

(22) Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las Elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado Miembro del que no sean nacionales. Ver asimismo Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 93/109/CE durante las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 1999. COM(2000) 843 final, 18 de diciembre de 2000.

(23) DIRECTIVA 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las Elecciones Municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado Miembro del que no sean nacionales. Ver asimismo el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 94/80/CE [COM (2000) 260 final, 30 de mayo de 2000].

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

se produjo en 1976, mediante un Acta del Consejo de la Comunidad Europea²⁴. Esta Acta preveía el establecimiento de un procedimiento electoral uniforme, que nunca ha sido elaborado, y si bien existen principios comunes, las actividades electorales están regidas sobre todo por disposiciones propias de cada Estado.

Destaca sobre todo el hecho de que el Acta de 1976 no definía la composición del cuerpo electoral cubierto por la expresión “sufragio universal directo” y dejaba por tanto a los Estados miembros la responsabilidad de esta definición.

Esta Acta ha sido revisada²⁵ e integrada en el TCE, que dispone que el derecho de voto y de elegibilidad al Parlamento Europeo pertenece a todos los ciudadanos de la Unión (artículo 19), incluso a los que residen en un Estado distinto a aquél del que sean nacionales.

La Directiva 93/109/CE, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las Elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, “tiende esencialmente a suprimir la condición de nacionalidad que, actualmente, se exige en la mayor parte de los Estados miembros para ejercer estos derechos” y afirma “el principio de no discriminación entre nacionales y no nacionales”.

Esta Directiva fija las modalidades según las cuales los ciudadanos de la Unión que residen en un Estado miembro del que no son nacionales pueden ejercer en él el derecho de voto y de elegibilidad (artículo 1.1). No afecta a las disposiciones de cada Estado miembro según las cuales sus propios nacionales pueden ejercer el derecho de voto y de elegibilidad en la elección de los representantes de ese Estado al Parlamento Europeo, incluso si esas personas residen fuera del territorio electoral de ese Estado (artículo 1.2). Define las condiciones *suficientes* para ser titular del derecho de voto y de elegibilidad en el Estado miembro de residencia: Ciudadanía de la Unión, residencia en el Estado miembro del lugar de voto o de candidatura y conformidad con las disposiciones del Estado de residencia relativas al derecho de voto y de elegibilidad también aplicables a los nacionales (principio de igualdad entre electores nacionales y electores comunitarios), (artículo 13).

La Directiva prohíbe el voto simultáneo en varios Estados (artículo 4.1) y la multicandidatura (artículo 4.2).

La Directiva afirma la libertad de elección en cuanto al Estado miembro del lugar de voto: El elector comunitario no podrá inscribirse en el censo electoral del Estado miembro de residencia más que si anteriormente ha manifestado su voluntad (artículo 8.1). El elector que opte por

(24) Decision núm. 76/787/CECA de 8 de octubre de 1976, CEE, Euratom, Acta sobre la elección de los representantes en la Asamblea por sufragio universal directo.

(25) Decisión del Consejo 2002/772/CE y EURATOM, por la que se modifica el Acto relativo a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, anejo a la Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom (2002/772/CE, Euratom).

ejercer el derecho de voto en el Estado miembro de residencia renuncia a ejercer su derecho de voto en su Estado de origen. En los Estados miembros en los cuales el voto es obligatorio, los electores comunitarios que se inscriben en el censo electoral de su Estado de residencia también están sometidos a esta obligación (artículo 8.2).

La Directiva enuncia los principios relativos a la inelegibilidad: El principio de la acumulación de regímenes de inelegibilidad en el Estado miembro de residencia y en el Estado miembro de origen (artículo 6.1) y la prueba de la condición de elegibilidad que debe ser obligatoriamente aportada cuando se deposita la candidatura y suministrada por el Estado miembro de origen (artículo 10).

La Directiva enuncia igualmente las normas sobre la incapacidad electoral: El Estado miembro de residencia es libre a la hora de tener en cuenta o no tener en cuenta una privación del derecho de voto decidida en el Estado miembro de origen (artículos 7 y 9.3).

Para la inscripción en el censo electoral, la Directiva enumera la lista de pruebas que el elector comunitario debe aportar obligatoriamente para apoyar su solicitud de inscripción y remite a las mismas condiciones exigidas a los electores nacionales (artículo 9.2). También fija los posibles recursos en caso de rechazo de inscripción en el censo electoral (artículo 11.2). Además dispone que el Estado de residencia debe informar sobre las modalidades del voto y de la elección a los potenciales electores y elegibles (artículo 12). Establece un sistema de intercambio de información entre los Estados miembros para prevenir los dobles votos y las dobles candidaturas (artículo 13).

Finalmente contiene algunas disposiciones derogatorias y transitorias, que se basan en el criterio de la duración de la residencia a favor de:

- Todo Estado miembro en cuyo territorio residan nacionales de otros Estados miembros con edad de votar que representen más del 20% de su electorado²⁶. En este caso, autoriza a los Estados miembros afectados a exigir una duración de residencia de cinco años como máximo para poder ejercer el derecho de voto y de diez años para la elegibilidad y también les autoriza a adoptar normas específicas en cuanto a la composición del censo de candidatos (artículo 14.1);
- Los Estados miembros que hayan concedido, a los nacionales de otros Estados miembros que residen en su territorio, el derecho de voto al Parlamento nacional (artículo 14.2);
- Los ciudadanos de la Unión que ya se benefician del derecho de voto al Parlamento Europeo en el Estado de residencia (artículo 15).

Hemos de observar que, como el Acta de 1976, el TCE y la Directiva fijan las condiciones *a priori suficientes* para el derecho de voto y de elegibilidad, pero en ningún caso prohíben que un Estado conceda este derecho a personas que no cumplan estas condiciones. Por tanto, ninguna disposición se opone a una ampliación del derecho de voto a nacionales de Estados terceros

(26) Es el caso de Luxemburgo.

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

(extracomunitarios). Así, por ejemplo, el Reino Unido concede el derecho de voto en todas las elecciones (incluidas las elecciones europeas) a los nacionales de la Commonwealth.

Esta norma es impugnada por España, no sobre el fondo sino con el pretexto de la situación particular de Gibraltar, objeto de disputa con el Reino Unido. El 27 de julio de 2003 España presentó a la Comisión una queja contra el Reino Unido porque, en las elecciones al Parlamento Europeo, en Gibraltar había “concedido un derecho de voto a personas que no son nacionales británicos y, por consiguiente, no son ciudadanos de la Unión Europea”²⁷. La Comisión se abstuvo de adoptar un dictamen motivado, pero publicó una declaración en la que recordaba: “El Tratado de la CE prevé que la Comunidad Europea es competente para elaborar un procedimiento uniforme en las elecciones al Parlamento Europeo. Este procedimiento uniforme puede incluir reglas que definan la categoría de las personas autorizadas a votar. Sin embargo, el Acta de 1976 no aborda la cuestión del derecho de voto. Por tanto se aplican las disposiciones nacionales. Aun cuando el derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo está regido por principios generales relativos a las elecciones (o sea, que el escrutinio debe ser directo, universal, libre y secreto), ningún principio general del Derecho Comunitario prevé que, en las elecciones al Parlamento Europeo, el electorado deba estar limitado a los ciudadanos de la UE”²⁸.

La Comisión invitaba a las dos partes a encontrar una solución amistosa. España persistió en impugnar la posición británica y el 18 de marzo de 2004 presentaba un recurso contra el Reino Unido ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²⁹.

La Comisión apoyó al Reino Unido contra España. Y el abogado general en el TJCE, Antonio Tizzano, en sus conclusiones de 6 de abril de 2006³⁰, daba la razón a España en el asunto de Gibraltar, no sobre el fondo sino sobre la forma.

Inicialmente, en el estado actual de las normas vigentes, reafirma el derecho de cada Estado a extender el derecho de voto (respetando sin embargo algunos límites) *en su territorio*.

Pero en el caso específico de Gibraltar, *que no forma parte del territorio* del Reino Unido, el derecho de voto de los ciudadanos británicos no fue reconocido más que como consecuencia del asunto Matthews contra el Reino Unido³¹. Según el abogado general Tizzano, no se trata de un derecho fundamental de los residentes no ciudadanos del Reino Unido. Por ello propone dar

(27) Comunicado de prensa de la Comisión Europea, IP/03/1479, 29 de octubre de 2003: “Derecho de voto en las elecciones europeas en Gibraltar”.

(28) *Ibíd.*

(29) Recurso presentado el 18 de marzo de 2004 por el Reino de España contra el Reino Unido, Asunto C-145/04, *Diario Oficial de la UE*, 30 de marzo de 2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:106:0043:0044:FR:PDF>.

(30) <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=C-145%2F04&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>.

(31) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 1999 (*Matthews c. Royaume-Uni*), que obliga al Reino Unido a organizar las elecciones al Parlamento Europeo para la población de Gibraltar.

la razón a España en este punto, que constituye una amenaza para el voto en Gibraltar de los ciudadanos de la Commonwealth, no para los nacionales del Reino Unido.

Pero la Gran Sala del Tribunal, en su Sentencia de 12 de septiembre de 2006, reafirma globalmente el principio de la libre determinación por los Estados miembros del cuerpo electoral en las elecciones al Parlamento Europeo y rechaza el recurso de España, tanto sobre el problema de la extensión del derecho de voto a electores no ciudadanos europeos como sobre el problema de la aplicación de la legislación electoral británica en el territorio de Gibraltar³².

Por tanto puede afirmarse que los textos y la jurisprudencia europea de ninguna manera impiden la extensión del derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo a los nacionales extracomunitarios³³.

B) Elecciones municipales

El artículo 19.1 del TCE señala que “todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional, tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”. Observa además que “este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo adopte, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo” y que “dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro”.

Pues bien, las modalidades de aplicación de este derecho han sido fijadas por la Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, cuyo límite de transposición terminaba el 1 de enero de 1996.

La Directiva 94/80/CE, como la Directiva 93/109/CE para las elecciones al Parlamento Europeo, intenta igualar los derechos de voto y de elegibilidad entre nacionales y ciudadanos de la Unión con los no nacionales, residentes en los Estados miembros de la UE, en virtud del principio de igualdad y no discriminación. Como la anterior, no afecta a las “disposiciones de cada Estado miembro relativas al derecho de voto y de elegibilidad (...) de sus nacionales que residen fuera de su territorio” (artículo 1). Tampoco afecta pues a las normas relativas al derecho de voto y de elegibilidad de los “nacionales de países terceros que residen en este Estado” (artículo 1). Este inciso permite explícitamente salir de su campo de aplicación, puesto que algunos Estados conceden el derecho de voto y de elegibilidad a todos los residentes, incluso extracomunitarios, mientras otros Estados lo rechazan a nivel constitucional.

(32) Sentencia del Tribunal (Gran Sala), de 12 de septiembre de 2006, Reino de España/Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (asunto C-145/04), *Diario Oficial de la UE*, 18 de noviembre de 2006, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:281:0002:0002:FR:PDF>. Texto completo de la sentencia en <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=C-145%2Fo4&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>.

(33) En el caso francés, se puede incluso añadir que esta extensión es la única posible sin revisión constitucional. Sobre este punto ver ANDRÉS, (op. cit., pp. 142-144).

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

También define qué debe entenderse por “elecciones municipales”. Se trata de las “elecciones por sufragio universal directo para designar a los miembros de la asamblea representativa y, en su caso, según la legislación de cada Estado miembro, al jefe y los miembros de una colectividad local de base” [artículo 2.b)]. Estas colectividades locales de base están definidas y listadas en un anexo, según la denominación de cada país. Esta definición ha permitido a ciertos países excluir del campo de aplicación a ciertas elecciones. Para Francia, por ejemplo, se trata de “los municipios, los distritos, en ciertas villas fijadas por la legislación interna, y las secciones de los municipios”. La Directiva ha permitido, en el caso francés, llamar sólo “elección municipal” a la elección de los concejales municipales (o de los concejales de distrito), sin incluir del alcalde y de sus adjuntos.

La Directiva señala que las condiciones de duración y de prueba de la residencia exigidas a los nacionales para el reconocimiento del derecho de voto o para la inscripción en el censo electoral deben ser las mismas que para los ciudadanos de la Unión, no nacionales del Estado concreto (artículo 4). La participación de los ciudadanos de la Unión no nacionales debe basarse en la voluntariedad (artículo 7.1) pero, si el voto es obligatorio para los nacionales, lo será también para los ciudadanos de la Unión no nacionales (artículo 7.2). La documentación a aportar para que se inscriban los electores ciudadanos de la Unión no nacionales debe ser la misma que la exigida a los nacionales, aun cuando además “el Estado miembro de residencia puede exigir que el elector (...) (ciudadano de la Unión, no nacional) presente un documento de identidad válido así como una declaración formal que precise su nacionalidad y su dirección en el Estado miembro de residencia”.

Para la proclamación de candidaturas, la documentación exigida a los ciudadanos de la Unión no nacionales debe ser la misma que la exigida a los nacionales (artículo 9.1). Además la Directiva concede a los Estados la posibilidad de exigir a los candidatos ciudadanos de la Unión no nacionales una prueba de no haber sido privados de sus derechos de elegibilidad (artículo 5.1) y la presentación de una “declaración formal precisando su nacionalidad y su dirección en el Estado miembro de residencia” (artículo 9.1). Y el Estado miembro de residencia puede exigir asimismo al candidato, ciudadano de la Unión, no nacional:

- a) Al presentar su candidatura, indique en la declaración formal mencionada en el apartado 1, que en el Estado miembro de origen no se halla privado del derecho de sufragio pasivo;
- b) En caso de dudas sobre el contenido de la declaración prevista en la letra a) o en los casos en que las disposiciones legales del Estado miembro en cuestión lo exijan presente, antes o después de la votación, un certificado de las autoridades administrativas competentes del Estado miembro de origen en el que se acredite que no se halla privado del derecho de sufragio pasivo en dicho Estado o que las mencionadas autoridades no tienen conocimiento de tal privación;
- c) Presente un documento de identidad en vigor;
- d) Indique en la declaración formal mencionada en el apartado 1 que no ejerce ninguna función incompatible (...)
- e) Indique, llegado el caso, su último domicilio en el Estado miembro de origen”.

También permite a los Estados el restringir a sus nacionales tan sólo la elegibilidad “para las funciones de alcalde, de teniente alcalde o de miembro del órgano directivo colegiado en el gobierno de un ente local básico” (artículo 5.3), así como la participación “en la designación de los electores de una asamblea parlamentaria (y) la elección de los miembros de dicha asamblea” (artículo 5.4).

Esta última disposición responde explícitamente a las reservas francesas, por el modo de elección del Senado, emanación de las colectividades territoriales (artículo 24 de la Constitución francesa)³⁴.

El capítulo 3 de la Directiva establece las disposiciones derogatorias y transitorias, autorizando especialmente a un Estado miembro en el cual “la proporción de ciudadanos de la Unión en edad de votar residentes en un Estado miembro sin ostentar la nacionalidad del mismo fuese superior al 20% del conjunto de ciudadanos de la Unión en edad de votar y residentes en él (es el caso de Luxemburgo) a fijar unas condiciones para el derecho de voto y de elegibilidad de mayor duración de la residencia para los no nacionales que para los nacionales” [artículo 12.1 y 12.1.b)]. Dicho Estado se halla asimismo autorizado para “tomar las medidas pertinentes en cuanto a la composición de las listas de los candidatos con objeto, en particular, de facilitar la integración de los ciudadanos de la Unión nacionales de otro Estado miembro” [artículo 12.1.c)]. Además Bélgica se beneficia igualmente de la posibilidad de derogar las reglas establecidas por la Directiva en ciertos municipios (en los cuales el voto de los ciudadanos de la UE no belgas podría cambiar los equilibrios comunitario-lingüísticos). Finalmente, los Estados que hayan concedido a los nacionales de otros Estados miembros el derecho de voto en el Parlamento nacional, inscribiendo por tanto a estos nacionales en el censo electoral en las mismas condiciones que los nacionales, están dispensados de aplicarles las disposiciones específicas previstas en los artículos 6 a 11 (ejercicio del derecho de voto, condiciones de inscripción en el censo electoral y condiciones de admisibilidad de las candidaturas, artículo 12.3).

Las ampliaciones posteriores de la UE no han cambiado sustancialmente las cosas desde el punto de vista jurídico, puesto que cada Estado miembro debe integrar previamente el acervo comunitario³⁵.

En conclusión, el establecimiento del derecho de voto y de elegibilidad a nivel municipal y europeo para los ciudadanos de la UE constituye una aportación importante, puesto que produce una disociación formal entre la ciudadanía y la nacionalidad. A gran escala, los extranjeros han visto cómo se reconocía el derecho de voto. Esta ruptura fundamental (aunque parcial,

(34) Aneja a la Directiva, hay una declaración de la delegación francesa sobre la adopción del artículo 5, párrafo 4, en la que se afirma: “la posibilidad de excluir a los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros de la elección y de la participación en el colegio de grandes electores encargado de proceder a la elección del Senado en Francia, contemplada en el artículo 5, párrafo 4, en ningún caso permite cuestionar el derecho de voto y la elegibilidad en las elecciones municipales tal como se deduce de las disposiciones del artículo 8 B34 párrafo 1 del tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

(35) Ver en detalle en mi Tesis, ANDRÉS: 2007, op. cit., pp. 105 y 112 y ss.

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

puesto que la ciudadanía de la UE depende de la nacionalidad de los Estados miembros)³⁶ no se ha realizado sin dificultades ni reticencias³⁷. Pero ha provocado tal vez un efecto de arrastre, de modelo, que ha influido no sólo en su entorno próximo (países de Europa todavía no miembros de la UE) sino también en lugares lejanos (Estados Unidos, Japón e incluso más allá).

Conviene ahora elaborar un marco de la situación que prevalece en el mundo, en materia de derecho de voto de los extranjeros.

IV. EL DERECHO DE VOTO DE LOS EXTRANJEROS EN EL MUNDO

¿Cuál es la situación actual, desde el punto de vista del derecho positivo, en el mundo? Se trata ahora de presentar brevemente la situación del derecho de voto de los extranjeros en todos los continentes. Tan sólo realizaré una descripción rápida y estática, actualizada en un momento concreto (en el que se han recogido las informaciones), sabiendo que el derecho evoluciona constantemente en esta materia y que, tal vez a partir de esta instantánea, se podrá describir en realidad las tendencias que sean más fácilmente comprensibles que la situación fijada en un momento determinado.

La tendencia global se dirige hacia el reconocimiento de ciertos derechos políticos a los extranjeros. Según el estudio que he realizado³⁸, y que presento ahora de forma sintética, alrededor de un tercio de los Estados del mundo³⁹ no limitan el derecho de voto exclusivamente a sus nacionales y lo abren, al menos para ciertas categorías de extranjeros y/o para ciertas elecciones.

Esta estimación va mucho más allá de lo que generalmente admite la literatura en la materia. Si nos limitamos tan sólo a los países que practican las elecciones “libres y pluralistas” (según el modelo de la democracia liberal), considerando que el derecho de voto de los extranjeros carece de sentido en las “dictaduras”, puede estimarse que alrededor de un país “democrático” sobre dos practica el derecho de voto de los extranjeros.

Ello implica un firme desmentido a las representaciones más corrientes, según las cuales el derecho de voto de los extranjeros sería una práctica excepcional.

(36) Ver por ejemplo C. WIHTOL DE WENDEN: *La citoyenneté européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 1997.

(37) Ver sobre todo S. STRUDEL: “Pratiques de la citoyenneté européenne” (dir.), *Revue internationale de politique comparée*, vol. 9, núm. 1, primavera 2002; S. STRUDEL: “Polyrythmie européenne: le droit de suffrage municipal des étrangers au sein de l’Union, une règle électorale entre détournements et retardements”, *Revue française de science politique*, vol. 53, núm. 1, febrero de 2003, pp. 3-34.

(38) Ver mi Tesis, ya citada (pp. 47 y ss.).

(39) Por comodidad del lenguaje y para evitar repeticiones, empleo aquí el término “país” como equivalente al término “Estado”, jurídicamente más correcto. He intentado estudiar la situación en todos los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, pero no he podido establecer un marco exhaustivo.

El establecimiento (a partir de 1992) del derecho de voto y de elegibilidad municipal y europea para los ciudadanos de la UE es indudablemente un acontecimiento de una amplitud inédita y de repercusiones mundiales. Pero la evolución del derecho positivo en la materia no se limita a este establecimiento. Existe voto de los extranjeros más allá de la ciudadanía de la UE y existe más allá de Europa. La misma ciudadanía europea se inscribe en un movimiento más general, que la precede históricamente y la supera geográficamente y que parece que camina hacia el reconocimiento de los derechos políticos de los extranjeros en sentido amplio. Esta tendencia parece imponerse sin posibilidad de retorno al pasado⁴⁰. Pero no me arriesgaré a apostar afirmando que la práctica del voto de los extranjeros se va a imponer indudablemente, porque se trata de una cuestión eminentemente contingente, que deriva de la política (o sea, del conflicto) y que en muchos casos no puede decirse que esté definitivamente regulada.

Se han realizado numerosos estudios⁴¹ sobre esta cuestión, que describen sobre todo el derecho vigente, presentan los diferentes argumentos a favor o en contra del derecho de voto de los extranjeros y proponen tipologías de interpretación de las diferentes situaciones. Tales estudios necesitan una puesta al día permanente (vista la evolución rápida en esta materia en los últimos años) y nunca presentan un panorama completo de la situación sino cuadros muy parciales (que engloban en general de una docena a una treintena de países, como máximo).

A continuación intento presentar los datos puestos más actualizados, examinando un panorama de amplitud desconocida y pretendiendo recoger sistemáticamente el estado del derecho electoral vigente, principalmente a partir de los textos constitucionales, las leyes electorales y los órganos electorales oficiales. Presento ahora, continente a continente⁴², un panorama sintético, que podrá completarse con datos más detallados y textos de referencia presentes en mi Tesis Doctoral.

A) Europa, campo de múltiples experimentos

En Europa⁴³, el problema del voto de los extranjeros surge con especial amplitud, por una doble causa, que actúa de modo simultáneo, porque existe un importante número de inmigrados

(40) H. WALDRAUCH: "Electoral rights for foreign nationals: a comparative overview", *ESF/LESC-SCSS Exploratory Workshop: Citizens, non-citizens and voting rights in Europe*, School of Law, Old College, University of Edinburgh, UK, 2005.

(41) Entre los principales recursos científicos analizados, hay que referirse sobre todo a los trabajos de Catherine Wihtol de Wenden, Rainer Baübock, Harald Waldrauch, Tomas Hammar, Jan Rath, Han Entzinger, Dirk Jacobs, Jo Shaw, Ron Hayduk, Jamin Raskin, David Earnest, Hideki Tarumoto, Atsushi Kondo, etc.

(42) Por razones prácticas se ha estructurado esta presentación por continentes, sin ignorar los problemas que ofrece esta estructuración. Ha parecido posible resaltar algunas tendencias geopolíticas reales.

(43) Siguiendo los usos más frecuentes, he incluido aquí en Europa a Rusia y a la totalidad de los Estados miembros de la UE (incluido Chipre). Esta estructuración práctica es desde luego totalmente discutible (sobre todo porque coloca a Turquía en Asia), pero no desarrollaremos los problemas históricos de la separación política del "continente" Euroasiático en dos continentes distintos. Por razones de sentido común, he asumido las representaciones corrientes, sin estar de acuerdo en el fondo. Por otra parte, todavía no he integrado a Kosovo como Estado independiente, dado que carezco de datos electorales actualizados.

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

(sobre todo en Europa occidental) y porque la modificación de las fronteras (sobre todo en el centro y el este de Europa) ha supuesto la aparición de importantes minorías que no tienen la nacionalidad del Estado en el que están instaladas, muchas veces desde varias generaciones.

Estas diferencias estructurales implican que, en ciertos países, los extranjeros han salido sobre todo de los antiguos imperios coloniales (caso de Francia⁴⁴, por ejemplo), y que en otros países los extranjeros son residentes de larga duración, llegados desde la antigua potencia “colonizadora” (caso de los “Rusos” en los países bálticos, por ejemplo). Hay numerosas diferencias entre el Sur y el Norte de Europa, entre los países con una nacionalidad basada en el *ius soli* y los del *ius sanguinis*, los que ya han instaurado o reinstaurado el derecho de voto de los extranjeros (a veces desde la mitad del siglo XIX: Países Bajos⁴⁵, el cantón de Neuchâtel, en Suiza), los que lo han abierto parcialmente a ciertas categorías de extranjeros, etc. Precisamente por el hecho de esta gran disparidad, resulta seguramente inadecuado abordar el problema del derecho de voto de los extranjeros en Europa como un problema global que surge en términos idénticos en el continente. Porque el problema surge de modo diferente en contextos diferentes⁴⁶.

Uno de los hechos más sobresalientes en Europa es, con seguridad, el establecimiento, a finales del siglo XX, de la Ciudadanía de la UE, que supone en cada Estado la concesión a los nacionales de los restantes Estados de la UE del derecho de voto y de elegibilidad, en las elecciones municipales y europeas. Establecido en su momento en 12 Estados, se ha generalizado con posterioridad a 27 Estados, como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de la UE. Este establecimiento carece de precedentes por su alcance. Modifica el dato del problema, de manera simultánea por la ruptura que opera entre nacionalidad y ciudadanía y por la nueva discriminación que establece, entre Europeos comunitarios y residentes de terceros países.

Por ello presentamos en las siguientes tablas una síntesis de la situación en los países europeos, diferenciando entre los miembros de la Unión Europea y los restantes.

(44) En los términos del debate, el pasado colonial juega un papel que excede sin duda la importancia estadística real de las poblaciones venidas del imperio colonial. En esta materia las representaciones simbólicas se enmarcan mucho más en lo imaginario que en las realidades estadísticas. Ver H. ANDRÉS: “Droit de vote : de l'exclusion des indigènes colonisés à celle des immigrés”, *Revue Asylon(s)*, núm. 4, “Institutionnalisation de la xénophobie en France”, mayo de 2008, <http://terra.rezo.net/article733.html>.

(45) DELPÉRÉE, (op. cit., p. 23).

(46) Las experiencias europeas en la materia se hallan además en constante evolución. Consultar, por ejemplo, una descripción de la situación existente hace una quincena de años, en O. LE COUR GRANDMAISON y C. WIHTOL DE WENDEN: *Les étrangers dans la cité. Expériences européennes*, Paris, La Découverte, 1993. Para un balance más reciente, ver el dossier consagrado al derecho de voto de los extranjeros en *Migrations Société*, Vol. 19, núm. 114, noviembre-diciembre de 2007.

Tabla 1: El derecho de voto de los extranjeros en los 27 países de la UE

Estados UE	No admiten	Admiten en ciertas elecciones					
		Ciertas nacionalidades		Todas las nacionalidades	Locales ⁴⁷	Intermedias	Nacionales
		UE sólo	Otras				
Allemagne		X			X		
Autriche		X			X		
Belgique				X	X		
Bulgarie				X	X		
Chypre		X			X		
Danemark				X	X	X	
Espagne			UE / recipro- cidad		X		
Estonie				X	X		
Finlande				X	X		
France		X			X		
Grèce		X			X		
Hongrie				X	X		
Irlande				X	X		
			Británicos		X		Parlamentarias ⁴⁸
Italie		X			X		
Lettonie		X			X		
Lituanie				X	X		
Luxembourg				X	X		
Malte		X			X		
Pays-Bas				X	X		
Pologne		X			X		
Portugal			UE / Lusófonos / reciprocidad		X		
			Brasileños		X	X	Parlamentarias
République tchèque			UE / Si hay tratado inter- nacional		X	X (a comprobar)	
Roumanie		X			X		
Royaume- Uni			UE		X		
			Com- monwealth e Irlandeses		X	X	X
Slovaquie				X	X	X	
Slovénie				X	X		
Suède				X	X	X	Referendos ⁴⁹
Sous-total UE	0	10	5	13	27	6 ?	4

(47) La división de las elecciones en diferentes “niveles” (aquí: local/intermedio/nacional) no es totalmente admisible desde un punto de vista teórico y suscita importantes problemas prácticos. Pero, para revisar la idea según la cual el derecho de voto de los extranjeros solamente se puede extender a los comicios locales, presentamos aquí la situación en su diversidad y su complejidad. Ver ANDRÉS, (op. cit., p. 52 y ss.).

(48) Ni en presidenciales ni en referendos.

(49) Referendos nacionales pero no en las demás elecciones nacionales.

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

Tabla 2: El derecho de voto de los extranjeros en otros 17 países europeos

Estados no UE	No admiten	Admiten en ciertas elecciones				
		Ciertas nacionali- dades	Todas	Locales	Intermedias	Nacionales
Albanie	X					
Andorre	X					
Biélorussie	?					
Bosnie-Herzégovine	?					
Croatie	?					
Islande			X	X		
Liechtenstein	X					
Macédoine	?					
Moldavie	?					
Monaco	X					
Monténégro	?					
Norvège			X	X	X	
Russie	X					
Saint-Marin	X					
Serbie	?					
Suisse			variable ⁵⁰	X	X	
Ukraine	?					
Subtotal no UE	14 ?	0	3	3	2	0

Tabla 3: El derecho de voto de los extranjeros en Europa (síntesis)

Estados euro- peos	No admiten	Admiten en ciertas elecciones				
		Ciertas nacionali- dades	Todas	Locales	Intermedias	Nacionales
UE	0	14	13	27	6 ?	4
Fuera de la UE	14 ?	0	3	3	2	0
TOTAL EUROPA	14 ?	14	16	30	8 ?	4

(50) Variable según los cantones, hay que consultar los municipios.

La primera constatación que se impone, globalmente hablando, es que la mayor parte de los países europeos tienen normas que admiten el derecho de voto de los extranjeros. Éste es el caso de al menos 30 Estados sobre 44.

Se puede añadir que en la UE se encuentra la mayor parte de los dispositivos de admisión. Fuera de la actual UE, parece que solamente tres países conceden el derecho de voto a los extranjeros. Se trata por un lado de Islandia y Noruega, que son miembros del Consejo Nórdico y que reconocen una forma de ciudadanía nórdica a los nacionales de los Estados miembros de esta unión. En Suiza, por otra parte, la situación varía según los cantones e incluso según los municipios⁵¹.

En la Unión Europea se puede encontrar una variedad de formas de admisión.

No reiteraremos las ideas expuestas sobre la admisión creada por el establecimiento de la Ciudadanía de la UE⁵². En 10 Estados (Alemania, Austria, Chipre, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Malta, Polonia y Rumania) es por el momento la única admisión, a pesar de que se debata actualmente la cuestión de la extensión del voto a los extracomunitarios.

Pero en los otros 17 Estados de la Unión la admisión va más lejos y se ejerce según diferentes modos.

Uno de los más importantes modos de admisión del derecho de voto se basa en el pasado colonial. Así, Gran Bretaña concede el derecho de voto y de elegibilidad a todos los ciudadanos de la Commonwealth (y a los Irlandeses)⁵³. La Commonwealth, que tiene 53 países independientes⁵⁴, no está regida por una norma que imponga la concesión del derecho de voto a los ciudadanos de esta organización, en los Estados miembros (al contrario que la UE). Pero cierto número de Estados (Gran Bretaña, Mauricio y los pequeños países americanos y caribeños) reconocen este derecho de voto, siguiendo así una costumbre establecida en el marco del imperio colonial británico, que distinguía diferentes tipos de ciudadanía y, sobre todo, una ciudadanía de la Com-

(51) En total, en 2005, 8 cantones sobre 26 habían establecido el principio del derecho de voto de los extranjeros. De ellos, 5 cantones (Neuchâtel, Jura, Vaud, Genève, Fribourg) lo habían establecido al menos a nivel municipal y 3 cantones (Grisons, Appenzell Rhodes-Extérieures, Bâle-Ville) habían autorizado a los municipios que los forman a establecer este derecho de voto. Este establecimiento es reciente (1995 en Appenzell Rhodes-Extérieures, después de 2002 en los demás) salvo en el cantón de Neuchâtel (1849) y del Jura (1978). Estos dos cantones han concedido también el derecho de voto a nivel cantonal.

(52) Ver exposición anterior.

(53) *Representation of the People Act 2000*, Part One, *Electoral Registration and Franchise* (1).

(54) Lista de los Estados miembros de la Commonwealth: Antigua y Barbuda; Australia; Bangladesh; Barbados; Belize; Botswana; Brunei Darussalam; Cameroon; Canada; Cyprus; Dominica; Fiji Islands; Ghana; Grenada; Guyana; India; Jamaica; Kenya; Kiribati; Lesotho; Malawi; Malaysia; Maldives; Malta; Mauritius; Mozambique; Namibia; Nauru; New Zealand; Nigeria; Pakistan; Papua New Guinea; Samoa; Seychelles; Sierra Leone; Singapore; Solomon Islands; South Africa; Sri Lanka; St Kitts and Nevis; St Lucia; St Vincent and the Grenadines; Swaziland; The Bahamas; The Gambia; Tonga; Trinidad and Tobago; Tuvalu; Uganda; United Kingdom; United Republic of Tanzania; Vanuatu; Zambia. Fuente: <http://www.thecommonwealth.org/Internal/142227/members/>.

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

monwealth distinta de la nacionalidad británica. La ley británica sobre la representación del pueblo, en 1918, había concedido el derecho de voto a todos los súbditos del Imperio. A mitad del siglo XX este derecho se mantuvo para los irlandeses (e Irlanda hizo lo mismo en 1985 para los británicos). En el Reino Unido, los nacionales de los Estados independientes miembros de la Commonwealth siguen hoy beneficiándose de este derecho, con el mismo título que los irlandeses. Esta situación deriva de la persistencia (formal, incluso ficticia) de una forma de fidelidad a la Reina. Efectivamente, en cierto sentido los “ciudadanos” de la Commonwealth no son realmente extranjeros, sino súbditos de la Corona.

Del mismo modo, en virtud de lazos históricos, los nacionales de los Estados miembros del Consejo Nórdico (que reúne los países del Norte de Europa (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) se benefician en cada Estado nórdico del derecho de voto en las elecciones municipales (y regionales, cuando existen).

La persistencia de los lazos coloniales juega igualmente en el caso de Portugal, que concede el derecho de voto a algunos extranjeros en condiciones particulares, según el principio de la lusofonía.

Por otro lado, España, Portugal y la República Checa conceden en teoría el derecho de voto sobre la base de la reciprocidad. Si el principio de reciprocidad se aplica de forma estricta, exigiendo un tratado bilateral, ello puede conducir a vaciar de contenido la admisión teóricamente posible. Así, en el caso de España⁵⁵, aun cuando numerosos Estados conceden en el mundo el derecho de voto a los ciudadanos españoles, sólo los Noruegos (además de los Ciudadanos de la UE) se benefician del derecho de voto municipal. Y parece que la República Checa, que admitía en 2001 el derecho de voto a condición de reciprocidad, no ha celebrado por el momento ningún tratado y por tanto reserva el derecho de voto sólo a los Ciudadanos de la UE.

Por tanto, la admisión puede realizarse a veces solamente para ciertas nacionalidades, en función de lazos históricos, de acuerdos políticos o del principio de reciprocidad. De hecho, 29 Estados practican esta “admisión a la carta” (los 27 Estados miembros de la UE, Islandia y Noruega). Pero en 16 Estados (Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Islandia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Suecia y Suiza) esta admisión se atribuye también (en ciertas elecciones) a todos los residentes, cualquiera que sea su nacionalidad. Algunos países tienen dos modalidades de admisión *a la vez* reservada a las personas de ciertas nacionalidades y dirigida hacia todas las nacionalidades (en condiciones diferentes).

Otra modalidad de admisión afecta a los distintos niveles de voto. El derecho de voto se concede con frecuencia a los extranjeros de forma restrictiva, tan sólo en las elecciones locales, o, en todo caso, no en todas las elecciones.

(55) Artículo 13, párrafo 2 de la Constitución del Reino de España.

Así, 21 países no lo admiten más que para las elecciones locales.

Pero 9 países (Dinamarca, Eslovaquia, Irlanda, Portugal, Noruega, República Checa, Reino Unido, Suecia y Suiza) lo admiten además en ciertas elecciones de nivel intermedio o nacional. Ha de observarse que numerosos países no tienen derecho de voto de nivel intermedio.

Entre ellos, 4 países (Irlanda, Portugal, Reino Unido y Suecia) conceden un derecho de voto nacional (eventualmente limitado) a ciertos extranjeros.

En la mayor parte de los casos en los que el derecho de voto de los extranjeros ha sido rechazado o estrictamente limitado a los ciudadanos de la UE, su reconocimiento se enfrenta a normas constitucionales.

A veces, ciertas colectividades locales han concedido en estos países el derecho de sufragio a los extranjeros que se hallaban en su territorio, pero los órganos de control constitucional, tras algunas controversias, se han opuesto y han prohibido estas prácticas. Este es el caso, por ejemplo, de Alemania (1990)⁵⁶, Austria (2004) e Italia (2005).

En Malta, la entrada en la Unión Europea supuso, entre otras cosas, la supresión de una norma que permitía, bajo condición de reciprocidad, conceder el derecho de voto local a los nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa que concediese este derecho a los Malteses. Parece que en la práctica tan sólo se habían beneficiado de este derecho los nacionales del Reino Unido entre 1993 y 2003. Tal norma ha sido reemplazada por el establecimiento del derecho de voto de los Ciudadanos de la Unión.

En Grecia no parece existir bloqueo constitucional, pero sí fuertes reticencias políticas.

En Polonia, parece que ha habido escasos debates sobre la cuestión⁵⁷.

En Letonia, la situación es muy particular, dada la muy importante minoría “rusa”, extranjera o apátrida (casi la mitad de la población total del país en el momento de la independencia, una cuarta parte en la actualidad). Existe un vivo debate sobre la ciudadanía, que afecta sobre todo a la nacionalidad letona y también sobre los derechos políticos de los no letones y especialmente sobre el derecho de voto⁵⁸.

(56) Ver los desarrollos teóricos en O. BEAUD: “Le droit de vote des étrangers: l’apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit du suffrage”, *Revue française du Droit administratif*, vol. 8, núm. 3, 1992, pp. 409-424.

(57) C. LUIS: *Rapport sur la participation des immigrés et des résidents étrangers à la vie politique dans les Etats membres du Conseil de l’Europe*, Conseil de l’Europe, Assemblée parlementaire, Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie, 22 de diciembre de 2000, 15 pp.

(58) *Ibid.*

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

Es preciso actualizar este panorama constantemente, porque el problema del derecho de voto de los extranjeros forma parte del debate político europeo y es probable que en los próximos años se produzcan evoluciones importantes en ciertos países.

B) Una práctica antigua y extendida en América del Norte y América Central

Según los datos disponibles⁵⁹, parece que se pueden encontrar normas que conceden el derecho de voto a los extranjeros en 12 Estados de América del Norte o Central (sobre un total de 23).

Por un lado, 10 Estados miembros de la Commonwealth (*Antigua y Barbuda; Barbados; Belize; Dominica; Granada; San Kitts y Nevis; Santa Lucía; San Vincent y las Granadinas; Bahamas; Trinidad y Tobago*), siguiendo al Reino Unido⁶⁰, conceden derecho de voto a los nacionales de los Estados miembros de la Commonwealth.

Por otra parte, la Constitución de la República Dominicana prevé la posibilidad de que los extranjeros residentes desde hace más de diez años ejerzan funciones electivas en los gobiernos locales.

En fin, en los Estados Unidos, la práctica del derecho de voto de los extranjeros actualmente limitada a algunos municipios⁶¹, es muy antigua y la cuestión se debate actualmente en el marco de las luchas por los derechos de los inmigrados, especialmente en las grandes ciudades.

Una particularidad notable del debate estadounidense es que no afecta a una medida inédita, sin precedentes, sobre una utopía sino que, por el contrario, afecta al *restablecimiento* de una práctica antigua, pero olvidada. Ha sido necesaria la conjunción de diferentes trabajos universitarios⁶², de movimientos sociales y la influencia de la evolución en todos los continentes para que la cuestión vuelva a emerger en el debate público en los Estados Unidos.

Entre 1776 y 1926, al menos 40 Estados o territorios lo han experimentado⁶³. Las razones por las cuales históricamente ha sido concedido el derecho de voto a los extranjeros derivan, por una parte, de una mezcla de pragmatismo utilitarista, consistente globalmente en favorecer la inmigración, y, por otro lado, de los principios democráticos, basados en los eslóganes de la

(59) Los datos presentados aquí se basan principalmente en las fuentes encontradas en mayo de 2006 en la Base de datos políticos de las Américas (Center for Latin American Studies, Georgetown University, <http://pdba.georgetown.edu>). Esta web da acceso, entre otros, a los textos de derecho positivo (Constituciones, códigos electorales) vigentes en diferentes Estados de América. Consultar las referencias en mi tesis antes citada.

(60) Tema abordado antes.

(61) Se trata de 6 municipios de Maryland y de Chicago. Ver R. HAYDUK: *Democracy for All: Restoring Immigrant Voting Rights in the United States*, Routledge, 2006, p. 87.

(62) Ver sobre todo J.B. RASKIN: "Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional, and Theoretical Meanings of Alien Suffrage", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, núm. 4, 1993, pp. 1391-1470.

(63) *Ibíd.* (pp. 19 y 20).

Revolución (“No Taxation without Representation”, “No Governance without Representation”, etc.). Por todo ello, como contribuyentes y como gobernados, los extranjeros debían ser considerados como completos ciudadanos. Precisamente en nombre de los principios fundadores se reivindica hoy el derecho de voto.

C) Una apertura generalizada en América del Sur

Los Estados de América del Sur conceden en general el derecho de voto a los residentes extranjeros y no solamente en ciertas elecciones locales⁶⁴. Solamente 2 Estados (de 12) reservan el derecho de voto a sus nacionales (Ecuador y Surinam). La regla general es pues la admisión del derecho de voto. Ello se explica sin duda por la historia marcada por la colonización y por la instalación de numerosos migrantes de origen europeo. Estos son países de inmigración asumida como parte de su identidad. Por eso, las actuales constituciones todavía mantienen ese carácter y contienen disposiciones específicas que favorecen la instalación y la integración de los inmigrantes. Entre esas disposiciones el derecho de voto se concede con frecuencia a los extranjeros de modo explícito en los textos constitucionales (Bolivia, Chile, Colombia, Guayana, Paraguay, Uruguay y Venezuela). La Constitución federal de Argentina deja a las constituciones provinciales la posibilidad de conceder el derecho de voto en algunas elecciones a los extranjeros que residan desde hace un tiempo. Brasil excluye el derecho de voto de los extranjeros, salvo para los portugueses por los lazos coloniales, la lengua compartida y un tratado bilateral de reciprocidad. Guayana concede el derecho de voto a los ciudadanos de la Commonwealth. Además dos países, Chile y Uruguay, conceden el derecho de voto a todos los extranjeros en todas las elecciones. Venezuela reconoce este derecho en las elecciones locales y las de los Estados. En Uruguay y Venezuela la duración de la residencia exigida para ello es muy larga (15 y 10 años, respectivamente).

Ha de observarse que esta admisión de los derechos políticos camina a la par que la admisión del derecho de la nacionalidad. La mayor parte de los países sudamericanos practican la naturalización exigiendo cierto período de residencia, la doble nacionalidad (muchas veces sin condición de reciprocidad) y el *ius soli* (nacionalidad reconocida por el simple hecho de nacer en el territorio de un Estado).

D) En África, una práctica aislada y un verdadero problema político

En África, al menos 8 países, de 53, conceden el derecho de voto a los extranjeros. Se trata de Botswana, Burkina Faso, Cabo Verde, Guinéa, Maurice, Uganda, Rwanda, y Zambia. El derecho de voto se limita muchas veces a los nacionales de ciertos países (reciprocidad, Commonwealth) y

(64) Los datos ahora utilizados proceden igualmente de las fuentes consultadas en mayo de 2006, en la Base de datos políticos de las Américas (Center for Latin American Studies, Georgetown University, <http://pdba.georgetown.edu>).

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

a veces se circunscribe a las elecciones locales⁶⁵. Un estudio más completo de la situación exigiría una confrontación entre los textos proclamados (Constitución, ley electoral...) y la práctica real. La cuestión del derecho de voto no tiene sentido más que en un marco formalmente democrático, que requiere ciertas condiciones políticas y sociales. Más allá de la diversidad de las situaciones de un extremo al otro del continente, puede afirmarse que globalmente los procesos en curso desde los años noventa (democratización electoral, establecimiento del multipartidismo, liberalización de la economía, modificación de los flujos migratorios) conducen a suscitar la cuestión del voto de los extranjeros de modo exacerbado, en términos un poco diferentes a los de otros continentes.

Por un lado, parece que el voto de los extranjeros ha sido practicado en diversos países⁶⁶, mientras un partido único tenía el monopolio del poder y la competencia electoral real era inexistente. El voto de los extranjeros era utilizado para aumentar formalmente la adhesión del pueblo a su gobierno. Por otra parte, el establecimiento del multipartidismo ha implicado una competencia real por el poder y numerosos gobernantes⁶⁷ han dudado de la nacionalidad de sus oponentes, para prohibirles jurídicamente el acceso a las elecciones. Esta estrategia política pretende limitar la competencia electoral, descartar ciertos concurrentes y distraer la atención de los electores del balance político de estos gobiernos, y se apoya en una relativa pasividad de los observadores internacionales. Tiende a contaminar el conjunto del continente y a ser el principal recurso retórico de los diferentes partidos, que luchan por la conquista o por el mantenimiento del poder. Al colocar las cuestiones de la identidad nacional y de la nacionalidad en el centro del juego político, mientras la realidad de los flujos migratorios y las incertidumbres sobre las fronteras heredadas del pasado colonial someten la categoría de extranjero a todas las interpretaciones arbitrarias⁶⁸, esta estrategia consigue el efecto de contribuir a un desarrollo importante de la xenofobia. En el caso de Costa de Marfil, condujo a un grave conflicto militar, que pudo desembocar al final en un estallido del país. Este caso es seguramente uno de los más trágicos, porque vuelve la espalda a la tradición de hospitalidad, que se tradujo sobre todo en el reconocimiento durante una treintena de años del derecho de voto de los extranjeros, incluso a pesar de su carácter anticonstitucional. Se trataba pues de una práctica ciertamente instrumentalizada por el poder, discrecional y discriminatoria (de la cual se beneficiaban únicamente los originarios del África Subsahariana)⁶⁹, cuya retirada a mitad de los años noventa ha sido uno de los detonadores del proceso dramático de comienzos del siglo XXI⁷⁰. En otros muchos países la

(65) Ver en detalle en la tesis antes citada.

(66) En los casos de Costa de Marfil y de Tanzania, ver por ejemplo WHITAKER, B.E.: "Citizens and Foreigners: Democratization and the Politics of Exclusion in Africa", *African Studies Review*, vol. 48, núm. 1, abril de 2005.

(67) Se puede citar Botswana, Nigeria, Zambia, Costa de Marfil, Tanzania, etc. Cf. ibid.

(68) Esto es todavía más exacto cuando existen numerosas normas que limitan la elegibilidad del jefe del Estado, no sólo a los nacionales de origen sino incluso a las personas cuyos padres hayan sido ellos mismos nacionales, cosa que es todavía más difícil de probar (y fácil de impugnar), pues ello remite en general a períodos anteriores a la descolonización.

(69) Ver KOBO, P.-C.: "Côte d'Ivoire: les étrangers votent", *Plein Droit*, núm. 9, 1989.

(70) Ver BREDELOUP, S.: "La Côte d'Ivoire ou l'étrange destin de l'étranger", *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 19, núm. 2, 2003.

cuestión del voto de los extranjeros es utilizada hoy como arma arrojada por los partidos de la oposición⁷¹, que acusan al poder de querer hacer votar a los “extranjeros” que pueden ser, según los casos, electores importados de los países vecinos el mismo día de la elección, pero también residentes de larga duración, refugiados políticos o económicos e incluso miembros de minorías étnicas discriminadas, cuya nacionalidad es cuestionada. La instrumentalización de esta cuestión en el juego político hace correr el riesgo de muchos conflictos. Presentándose como la afirmación de los principios democráticos modernos (de hecho, del principio de soberanía nacional), simplifica exageradamente la cuestión de las identidades políticas, y contribuye a debilitar la democracia, descartando a muchas personas de la vida política de su país de residencia y atentando por tanto a los principios de igualdad y de legitimación de los gobiernos.

En el ejemplo africano se puede establecer un lazo consustancial entre la cuestión del voto de los extranjeros y la de la democracia. Esta cuestión no surge fuera del sistema democrático. Pero, por otro lado, la nacionalidad, contrariamente a la interpretación que se hace de la misma como el tipo ideal de integración política⁷², aparece en este ejemplo como un recurso importante de exclusión política. En África, posiblemente mucho más que en otros lugares, la nacionalidad sirve en primer término para excluir del juego político.

E) Escasas aperturas y debates actuales en Asia

Entre los 46 Estados asiáticos, al menos 3 de ellos tienen disposiciones que admiten el derecho de voto de los extranjeros.

En el territorio anexionado de Jerusalén-Este, Israel concede el derecho de voto local (no a la Knesset) a los “extranjeros” residentes permanentes, que incluyen numerosos Palestinos, que no tiene la nacionalidad israelí⁷³. Se trata de una situación heredada del proceso histórico mediante el cual Israel ha privado de la ciudadanía a la población palestina.

Corea del Sur ha concedido recientemente el derecho de voto municipal a los extranjeros con estatuto de residentes permanentes desde hace tres años⁷⁴. Este estatuto es difícil de obtener, porque las condiciones son extremadamente restrictivas. Según cifras oficiales, menos de 7.000

(71) Además surge una cuestión adicional en numerosos países, la del voto de los expatriados.

(72) SCHNAPPER, D.: *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, Folio, (primera edición 1994), 2003.

(73) Ver por ejemplo: “Legal status of East Jerusalem and its residents”, http://www.btselem.org/English/Jerusalem/Legal_Status.asp (junio 2006).

(74) S. MYO-JA: “Why vote in local elections?”, *JoongAng Daily*, 30 de mayo de 2006, <http://joongangdaily.joins.com/2006/05/29/200605291754139479900091009101.html>.

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

extranjeros (el 99% de ellos taiwaneses) pudieron votar en mayo de 2006 por primera vez, lo que constituye un porcentaje muy reducido de la población extranjera⁷⁵.

Esta apertura coreana se explica sin duda en parte por la voluntad de influir en el debate actual con Japón, como muestra de buena voluntad, esperando que Japón aplique el principio de reciprocidad. Es preciso decir que esta cuestión forma parte de manera regular de las discusiones bilaterales entre los dos países, reclamando constantemente Corea del Sur el establecimiento del derecho de voto local para los coreanos que residen en Japón⁷⁶.

En Japón la cuestión del derecho de voto de los extranjeros ha sido debatida desde hace muchos años⁷⁷, sobre todo porque afecta a medio millón de coreanos, nacidos en Japón y cuyas familias se establecieron hace muchas generaciones. Originariamente se trata de coreanos colonizados por el Imperio Japonés, importados a Japón, finalmente privados de su nacionalidad japonesa tras la II Guerra Mundial⁷⁸. Se benefician en Japón de un estatuto de residente permanente, pero no pueden acceder a la nacionalidad japonesa. En los años noventa, el Tribunal supremo consideró como anticonstitucional el proyecto de conceder el derecho de voto a los extranjeros, incluso a los residentes de larga duración. La Asamblea de la metrópolis de Tokio creó en 1997 un Consejo consultivo de los extranjeros. En 2000, fue rechazado un proyecto de ley reconociendo el derecho de voto local únicamente a los Coreanos residentes permanentes, defendido por una parte de la mayoría parlamentaria y de la oposición. La cuestión sigue debatiéndose desde entonces.

Este debate se inscribe en el marco general de las luchas contra el racismo, por el respeto de los derechos de los inmigrados en Japón⁷⁹, y también en el marco de las relaciones postcoloniales entre la antigua potencia imperial y sus satélites que han conquistado su soberanía⁸⁰.

En Hong Kong, antigua colonia británica unida a la República Popular de China mediante un estatuto de región administrativa especial, los residentes permanentes (personas de todas las

(75) K. RAHN: "Foreigners Cast Ballots for 1st Time", *The Korea Times*, 31 de mayo de 2006, <http://times.hankooki.com/lpage/200605/kt2006053117434810440.htm>.

(76) Ver los resúmenes que hay en la web del Ministerio de Asuntos Exteriores de Japón: <http://www.mofa.go.jp>.

(77) Ver Y. NAKANO: "Les propositions de loi sur le droit de vote des étrangers aux élections locales au Japon", *Migrations société*, vol. 14, núm. 83, septiembre-octubre 2002, pp. 9-16.

(78) Numerosos chinos de Taiwan se encuentran en el mismo caso.

(79) Estas luchas afectan igualmente a otras minorías étnicas. Cf. K. YAMANAKA: "A breakthrough for ethnic minority rights in Japan", in M. MOROKVASIC-MÜLLER, U. EREL et K. SHINOZAKI (Éds): *Crossing Borders and shifting Boundaries*, Opladen, Leske + Budrich, IFU, 2003, pp. 231-259.

(80) D.K.M. AHN: "Reflections on Voting, Identity, and Self-Affirmation in Japan", *Harvard Asia Quarterly*, vol. IV, núm. 4, Autumn 2000, http://www.asiaquarterly.com/index2.php?option=com_content&task=view&id=84&pop=1&page=0&Itemid=40.

nacionalidades que se benefician del derecho de residir de forma permanente en Hong Kong) tienen el derecho de voto⁸¹.

F) Una práctica histórica ligada a la inmigración europea en Oceanía

En Australia⁸², 3 Estados (de 8) reconocen el derecho de voto a los residentes extranjeros en las elecciones locales (South Australia, Tasmania y Victoria).

Por otro lado, el derecho de voto se concede en todas las elecciones y referendos a ciertos “British Subjects”, que eran de hecho los nacionales de 48 Estados miembros de la Commonwealth en 1984, o considerados como tales, como Irlanda. El número de estos electores no australianos tiende a reducirse con los años.

Por otra parte, se puede observar que la Isla de Norfolk reconoce el derecho de voto y de elegibilidad para su Asamblea legislativa y el derecho de voto en los referendos a todos los residentes cualquiera que sea su nacionalidad. Se exige un plazo mínimo de residencia de 2 años y 5 meses. El gobierno federal propone que se suprima el voto de los extranjeros. El conflicto entre el gobierno de la isla, su asamblea y el gobierno central dura desde hace años⁸³.

En Nueva Zelanda⁸⁴, todo residente permanente, cualquiera que sea su nacionalidad, tiene derecho de voto en todas las elecciones, aunque la elegibilidad se reserva a los neozelandeses.

V. A MODO DE SÍNTESIS

Por último, frente a las representaciones generalmente admitidas según las cuales la exclusión del derecho de los extranjeros en cuanto al derecho de voto sería la regla general y que las derogaciones solamente serían excepcionales, puede aportarse una tabla recapituladora que muestra que una mayoría de los países europeos y americanos mantienen, en grados variables, aperturas claras en la materia. Además, los otros continentes mantienen asimismo un número no despreciable de aperturas, siempre en los países democráticos.

(81) Los textos de referencia pueden verse en mi tesis (pp. 423 y 424).

(82) Los textos de referencia pueden verse en mi tesis (pp. 81 y ss.).

(83) Ver <http://www.norfolk.gov.nf/Select%20Committee.htm>.

(84) Todos los textos vigentes pueden encontrarse en la web de la Comisión electoral neozelandesa: <http://www.elections.org.nz>.

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

Continente	Número de países	Número de países “abiertos” ⁸⁵
Europa	44	30
América del Norte y central	23	12
América del Sur	12	10
África	53	8
Asia	46	3
Oceanía	14	2
TOTAL	192	65 (mínimo)

Por tanto, de hecho un tercio de los Estados (al menos) tienen normas que abren el derecho de voto a los extranjeros.

Esta apertura no se realiza, en concreto, a través de un pasaje del “todo cerrado” o del “todo abierto”. En realidad, hay dos modalidades principales de apertura posible: La una afecta a los niveles del voto y la otra a las categorías de extranjeros que se benefician de esta apertura.

Algunos países conceden el derecho de voto a los extranjeros pero solamente en ciertos tipos de elecciones, por ejemplo, las elecciones locales.

La otra modalidad de apertura afecta a las categorías de nacionalidades extranjeras a las cuales se concede el derecho de voto. Así, ciertos países conceden este derecho solamente a los nacionales de países a los cuales están ligados, sobre todo mediante acuerdos de reciprocidad (aunque no exclusivamente). Es el caso, por ejemplo, de la Ciudadanía de la UE o de la Commonwealth.

La apertura se realiza según estas modalidades, con frecuencia combinadas.

		Europa	Am N C	Am Sud	África	Asia	Oceanía	Total
N.º de países		44	23	12	53	46	14	192
Países “abiertos” (no limitan estrictamente el derecho de voto a sus nacionales)	Con una práctica del derecho de voto de los extranjeros, específica según ciertas nacionalidades	28	10	2	3	0	1	44
	Con una práctica de apertura del derecho de voto a todos los extranjeros	16	2	8	5	3	2	36
	Con una práctica de apertura (TOTAL)	30	12	10	8	3	2	65

(85) Considero país “abierto” a todo país que ha concedido el derecho de voto al menos en una parte de su territorio, o para ciertos tipos de elecciones, a ciertas categorías de extranjeros.

Hervé Andrés

		Europa	Am N C	Am Sud	África	Asia	Oceanía	Total
	Países que el derecho de voto de los extranjeros a nivel nacional	4	10	4	3	1	2	24
	Países que practican el derecho de voto de los extranjeros a nivel local	30	12	10	8	3	2	65
	Países “cerrados” (limitan estrictamente el derecho de voto sólo a sus nacionales)	14	11	2	45	43	12	127

De los 65 países que admiten el derecho de voto de los extranjeros, más de la mitad (36 Estados) lo admiten para todos los nacionales extranjeros, cualquiera que sea su nacionalidad.

La apertura se realiza siempre al menos a nivel local. Pero 24 Estados atribuyen también el derecho de voto a nivel nacional.

Los 24 Estados que conceden un derecho de voto a nivel nacional lo reservan en la mayoría de los casos a ciertas nacionalidades, seleccionadas en función de lazos postcoloniales o de la reciprocidad.

Pero en 5 países (entre ellos Hong-Kong), el derecho de voto nacional se concede a todos los residentes que cumplan ciertas condiciones.

Derecho de voto nacional	Reservado a ciertas nacionalidades	Concedido a todas las nacionalidades	TOTAL
Europa	3 Irlanda (Británicos y reciprocidad) Reino Unido (Irlandeses y ciudadanos de la Commonwealth) Portugal (Brasileños)	1 Suecia: referendos solamente	4
América del Norte y Central	10 Países de la Commonwealth para ciudadanos de la Commonwealth	0	10
América del Sur	2 Brasil (Portugueses) Guyana (Commonwealth)	2 Chile Uruguay	4
África	3 Botswana (lista definida por el Parlamento) Guinea (reciprocidad) Mauricio (Commonwealth)	0	3

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

Derecho de voto nacional	Reservado a ciertas nacionalidades	Concedido a todas las nacionalidades	TOTAL
Asia		1 Hong-Kong (territorio Rep. Pop. China)	1
Oceanía	1 Australia (British Subjects)	1 Nueva Zelanda	2
TOTAL	19	6	24

También merecería ser citada una tercera modalidad de apertura, pues juega un papel importante en los Estados federados: Se trata de las disposiciones que permiten a las colectividades federadas, incluso a los mismos municipios, conceder el derecho de voto a los extranjeros (caso de Suiza, Estados Unidos o Australia).

Si en este esquema estático se pudiese introducir una dimensión dinámica, que integrase las evoluciones en curso, probablemente se observaría un movimiento claro en la dirección del reconocimiento del voto de los extranjeros. El derecho de voto de los extranjeros existe desde hace dos siglos, pero la mayor parte de los Estados lo han concedido a finales del siglo xx. A pesar de la existencia de crispaciones nacionalistas, parece que se dibuja una tendencia hacia la apertura. Está claro que no se puede considerar como definitiva la regla de la exclusión de los extranjeros del derecho de voto. El movimiento de apertura afecta al menos a uno de cada tres países a comienzos del s. xxi. Puede pensarse legítimamente que este movimiento proseguirá, por lo menos en el marco de las democracias.

En todos los casos de apertura, cualesquiera que sean sus modalidades (reservada a ciertas nacionalidades, reservada a ciertos niveles o atribución a ciertas entidades locales de prerrogativas de apertura) puede observarse que el Estado central y la noción de nacional (o de nacionalidad) continúan siendo preponderantes. Como se ha dicho, el estudio comparado no puede realizarse más que a nivel de los Estados. La noción de extranjero no se entiende más que en relación con un Estado y el derecho de voto es en todo caso una prerrogativa de los Estados. La apertura en función de la nacionalidad (reservando la posibilidad de abrir el voto a tal o cual nacionalidad) demuestra la íntima relación entre ciudadanía y nacionalidad. Ya sea en el caso de los tratados europeos (basados en la reciprocidad) o en el caso de la ciudadanía de la Commonwealth (basada en Gran Bretaña en la persistencia de una fidelidad formal a la Reina) el lazo entre nacionalidad y ciudadanía no se ha roto realmente, sólo se ha desplazado. En el caso en el que la admisión del derecho de voto se realiza solamente a ciertos niveles, el Estado se reserva el derecho de impedir esta apertura en la escala nacional, preservando también el lazo entre ciudadanía y soberanía nacional. En el caso en el que la posibilidad de atribuir el derecho de voto es atribuida a las entidades locales, la jerarquía de las normas asegura al Estado central, en cualquier situación, la posibilidad de establecer todos los límites que preservan su soberanía. Finalmente también es el Estado soberano el que decide quién es ciudadano y quién no lo es.

De esta forma, los datos de la situación en materia del derecho de voto de los extranjeros han sido contrastados. En un sentido, y contrariamente a lo que generalmente se cree, demuestra que el derecho de voto se reserva cada vez en menor medida únicamente a los nacionales del Estado. Mi estudio demuestra que el derecho de voto de los extranjeros no es excepcional. A comienzos del s. XXI es una realidad en un elevado número de países. Pero, al mismo tiempo, el principio antiguo, arquetípico, de la exclusión del derecho de voto de los extranjeros aparece como la regla general y, sobre todo, como la regla de base de las modalidades de apertura. Estamos todavía lejos de un derecho universal de voto. El derecho de voto no constituye un derecho humano, al menos en el estado actual del Derecho Internacional.

Por otra parte, conviene señalar que, contrariamente a lo que a veces se ha avanzado, no existe ninguna correlación entre apertura del derecho de voto y cierre del derecho de la nacionalidad. Cuando la nacionalidad es “cerrada”, los Estados no abren su derecho de voto⁸⁶. No hay “compensación” o “complementariedad” entre las dos nociones jurídicas⁸⁷.

En conclusión podemos afirmar que en esta materia el derecho está atravesado por una contradicción fundamental. En un sentido, se camina hacia la apertura, en coherencia con la adaptación del mundo democrático postmoderno a las migraciones y a la mundialización. Pero, al mismo tiempo, resiste el principio arcaico, ligado al modelo soberanista, y constituye un límite en la perspectiva de apertura y de democratización.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

D.K.M. AHN: “Reflections on Voting, Identity, and Self-Affirmation in Japan”, *Harvard Asia Quarterly*, vol. IV, núm. 4, Autumn 2000, http://www.asiaquarterly.com/index2.php?option=com_content&task=view&id=84&pop=1&page=0&Itemid=40

H. ANDRÉS: *Le droit de vote des étrangers, état des lieux et fondements théoriques*, Doctorat de sciences juridiques et politiques, sous la direction de Mme Chemillier-Gendreau, Université Paris VII - Denis Diderot, 2007, 462 pages, <http://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00130445>

– “Droit de vote: de l’exclusion des indigènes colonisés à celle des immigrés”, *Revue Asylon(s)*, núm. 4, “Institutionnalisation de la xénophobie en France”, mayo 2008, <http://terra.rezo.net/article733.html>.

H., ARENDT: *Les origines du totalitarisme. L'Impérialisme.*, Paris, Fayard, Points, 1982

O. BEAUD: “Le droit de vote des étrangers: l’apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit du suffrage”, *Revue française du Droit administratif*, vol. 8, núm. 3, 1992, pp. 409-424.

M. CHEMILLIER-GENDREAU: *Droit international et démocratie mondiale. Les raisons d’un échec*, Paris, Textuel, 2002.

(86) Sobre este punto, muy importante en el debate, consultar sobre todo LE COUR GRANDMAISON et WIHTOL DE WENDEN, *Les étrangers dans la cité...* (op. cit.).

(87) *Ibid.* (p. 18).

El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal

F. DELPÉRÉE: *Les droits politiques des étrangers*, Paris, PUF, Que sais-je?, 1995.

R. HAYDUK: *Democracy for All: Restoring Immigrant Voting Rights in the United States*, Routledge, 2006.

O. LE COUR GRANDMAISON y C., WIHTOL DE WENDEN: *Les étrangers dans la cité. Expériences européennes*, Paris, La Découverte, 1993.

D. LOCHAK: *Etrangers, de quels droits?*, Paris, PUF, 1985.

C. LUIS: *Rapport sur la participation des immigrés et des résidents étrangers à la vie politique dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie, 22 décembre 2000, 15 pages.

S. MYO-JA: "Why vote in local elections?", *JoongAng Daily*, 30 mai 2006, <http://joongangdaily.joins.com/200605/29/200605291754139479900091009101.html>.

Y. NAKANO: "Les propositions de loi sur le droit de vote des étrangers aux élections locales au Japon", *Migrations société*, vol. 14, núm. 83, septembre-octobre 2002, pp. 9-16.

K. RAHN: "Foreigners Cast Ballots for 1st Time", *The Korea Times*, 31 mai 2006, <http://times.hankooki.com/lpage/200605/kt2006053117434810440.htm>.

J.B. RASKIN: "Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional, and Theoretical Meanings of Alien Suffrage", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, núm. 4, 1993, pp. 1391-1470.

S. STRUDEL: "Pratiques de la citoyenneté européenne" (dir.), *Revue internationale de politique comparée*, vol. 9, núm. 1, primavera 2002.

– "Polyrythmie européenne : le droit de suffrage municipal des étrangers au sein de l'Union, une règle électorale entre détournements et retardements", *Revue française de science politique*, vol. 53, núm. 1, febrero 2003, pp. 3-34.

H. WALDRAUCH: "Electoral rights for foreign nationals: a comparative overview", *ESF/LESC-SCSS Exploratory Workshop: Citizens, non-citizens and voting rights in Europe*, School of Law, Old College, University of Edinburgh, UK, 2005.

C. WIHTOL DE WENDEN: *La citoyenneté européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 1997.

K. YAMANAKA: "A breakthrough for ethnic minority rights in Japan", in MOROKVASIC-MÜLLER M., EREL U. et SHINOZAKI K. (Éds): *Crossing Borders and shifting Boundaries*, Opladen, Leske + Budrich, IFU, 2003, pp. 231-259.

ELENA ZABALO ESCUDERO
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza

II

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia*

RESUMEN

RELACIONES INTERNACIONALES DE FAMILIA Y DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A VIVIR EN FAMILIA

Este artículo trata de poner de relieve la interacción que se produce entre dos sectores del ordenamiento, ya de por sí estrechamente vinculados, el Derecho Internacional Privado y el Derecho de Extranjería, en la respuesta conjunta que ofrecen en la regulación del derecho de los extranjeros a vivir en familia. Con tal fin, los extranjeros residentes en España tienen reconocido por la LOEX el derecho de reagrupación familiar, mientras que los ciudadanos comunitarios gozan del derecho de libre circulación, que se extiende a los miembros de su familia, independientemente de su nacionalidad. Además de estos dos regímenes diferenciados, se analiza la actual situación de los familiares extranjeros de los españoles, objeto de una regulación específica introducida por el RD 240/2007. Para todos ellos el reconocimiento de su derecho depende de una relación jurídica previa, del vínculo familiar del que deriva su condición de miembro de la familia a estos efectos, y su validez obedecerá al derecho aplicable a dicha relación según las normas de Derecho Internacional Privado, puesto que se trata de relaciones de familia con elementos de extranjería. Las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos sobre los modelos de familia, la concepción del matrimonio, los efectos de la adopción u otras instituciones de protección de menores e incapaces, así como sobre la organización familiar, se evidencian en particular en el ejercicio de este derecho y ponen de relieve la realidad multicultural de la sociedad actual.

(*) El presente estudio fue objeto de la ponencia presentada en Intermigra/semiex (Seminario Permanente sobre Migraciones Internacionales y Extranjería), Zaragoza, 24 de mayo de 2007. Vid. conclusiones de la sesión en *Cuadernos Intermigra* 3 (2005-2007), pp. 41 a 47. Esta investigación se ha realizado, en parte, en el marco del proyecto I+D del Ministerio de Educación y Ciencia, SEJ 2004-07206, cofinanciado por el FEDER.

Elena Zabalo Escudero

II

ABSTRACT

INTERNATIONAL FAMILY RELATIONS AND THE RIGHT TO THE FAMILIAR LIFE OF ALIENS

The purpose of this article is to highlight the interaction between two sectors closely linked to each other, the Private International Law and the legislation related to aliens, by offering a whole answer to the right of foreigners to live in family. Aiming so, the LOEX recognizes the right to family reunification to the legal resident foreigners, whereas the European Community Law grants to the European citizens the right to move and reside freely, extended to their family members regardless their nationality. Apart from these two different legal statutes, the article analyses the current situation of the foreign family members of the Spanish nationals, which is the object of a specific regulation in the RD 240/2007. For all them, the acknowledgement of their right depends on the previous legal relationship, that is, the familiar tie from which the family member condition derives, and its validity shall be governed by the law that applies to such relationship according to the Spanish Private International Law. The divergences among the national legal systems that concern the family models, the concept of marriage, the adoption consequences, or any other protecting institution of minors or disabled persons, are particularly remarked when exercising the right to live in family, and at the same time highlight the multiculturalism of the nowadays society.

SUMARIO

I. Consideraciones previas.

II. El derecho de reagrupación familiar en el régimen general de extranjería. A) La articulación del derecho. B) El ejercicio del derecho. C) Familiares objeto de reagrupación y modelos de familia. a) Cónyuge. b) Los hijos c) Después de referirse a los hijos menores, incluye la letra c) del artículo 17.1 a quienes siendo menores de 18 años o incapaces, se encuentran sometidos a la representación legal del reagrupante. d) Ascendientes.

III. Condición de familiar de ciudadano comunitario. A) El cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal. B) Pareja registrada. C) Descendientes. D) Ascendientes directos del ciudadano comunitario y de su cónyuge o pareja que vivan a su cargo.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

IV. Condición del familiar extranjero de español.

V. Consideraciones finales.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Los vínculos familiares son la base y presupuesto de determinados derechos en la ordenación jurídica de la extranjería, en particular en lo que atañe al derecho de reagrupación familiar, lo que en términos de Derecho Internacional Privado, permite afirmar que la relación de familia aparece como cuestión previa al derecho de extranjería, y que esa relación de familia fácilmente puede quedar regulada y determinada por un Derecho extranjero, designado por las normas de Derecho Internacional Privado¹.

Esta vinculación afecta específicamente al derecho a la vida familiar, entendido como el derecho de cualquier persona a convivir con sus familiares, lo que exige permitir y facilitar la reagrupación cuando existen desplazamientos transfronterizos de las personas que componen la familia. De ahí, la necesaria articulación del derecho del extranjero a la reagrupación familiar.

El derecho a la vida familiar goza de reconocimiento internacional, como derecho de la persona. No en vano, la familia es considerada “el elemento natural y fundamental de la sociedad” en la Declaración Universal de Derechos Humanos², así como en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos³. Pero la concepción de la familia, su articulación a través del modelo matrimonial u otros modelos (parejas de hecho, parejas registradas), el propio concepto de matrimonio (monogámico, poligámico, homosexual, heterosexual), así como la condición de miembros de la familia, varían de unos ordenamientos a otros⁴, y es a estos a los que, en principio, corresponde definirla, como reconoce expresamente la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, cuando, en su artículo 9, garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio⁵.

(1) N. BOUZA VIDAL: “Inmigración y Derecho Internacional Privado de la familia”, *Migraciones y desarrollo*, Madrid, 2007, pp. 485 y ss.

(2) Artículo 16.3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

(3) Artículo 23.1.

(4) E. ZABALO ESCUDERO: “Derecho comunitario, vida familiar y desplazamientos de personas en la Unión Europea”, *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, Aequalitas*, núm. 16, 2005, pp. 28 y ss.

(5) En su primera redacción DOCE C 364 de 18 de diciembre de 2000. Tras su incorporación al Tratado de Lisboa, vid texto en DOCE C 303 de 14 de diciembre de 2007.

Al derecho al respeto de la vida familiar, ampliamente reconocido en los textos internacionales sobre derechos fundamentales⁶, en particular en el Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y en la, ya citada, Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea⁷, se vincula el derecho del extranjero a la reagrupación familiar, como cauce para hacer efectivo su derecho a la vida en familia. Tal nexo entre derechos quedó explicitado en la Directiva del Consejo de la Unión Europea de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOCE L 251, 3 de octubre de 2003)⁸ que establece que “las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho Internacional”, haciendo expresa referencia al artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y a la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea⁹.

Otra cosa es delimitar el alcance de dicha vinculación, hasta el punto de preguntarse si una negativa a la solicitud de reagrupación de un familiar podría llegar a violar el derecho a la vida familiar, y en concreto el artículo 8 del Convenio Europeo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentado jurisprudencia al respecto, que puede resumirse en las siguientes afirmaciones¹⁰:

– El alcance de la obligación de un Estado de admitir en su territorio a familiares de emigrantes establecidos variará según las circunstancias particulares de la persona afectada y el interés general.

(6) I. ARRIAGA IRABURU: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la Jurisprudencia de Estrasburgo*. Pamplona, 2003. P. SANTOLAYA MACHETTI: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Valencia 2004.

(7) Como derecho humano es recogido en la Convención europea de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. En concreto su artículo 8 consagra “el derecho al respeto de la vida privada y familiar”. Artículo 7.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

(8) A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el derecho comunitario (A propósito de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre reagrupación familiar)”. *Revista de extranjería*, <http://www.extranjeria.info/inicio/index.htm>. P. CANEDO ARRILAGA: “Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea”. VV. AA.: *El derecho de familia ante el S.XXI. Aspectos internacionales*, Madrid, 2003, pp. 193 y ss. I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ: “El derecho del inmigrante a una vida en familia: una perspectiva desde el derecho comunitario europeo”, *Inmigración y derechos de los extranjeros*. Annaïck FERNÁNDEZ LE GAAL y Sandra GARCÍA CANO (dirs.) pp. 179 y ss. A. QUIRÓS FONTS: *La familia del extranjero. Regímenes de reagrupación e integración*, Valencia, 2008, pp. 100 y ss.

(9) Sobre la adecuación de diversas normas de la Directiva al artículo 8 del CEDH, vid. STJCE de 27 de junio de 2006. Sobre dicha sentencia y los derechos fundamentales vid. S. IGLESIAS SÁNCHEZ: “El valor de la Directiva 86/ 2003 sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la sentencia del TJCE en el asunto 540/03”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 26, 2007, pp. 125 a 153.

(10) Las siguientes afirmaciones se extraen de las propias consideraciones vertidas por el Tribunal en la Sentencia de 1 de diciembre de 2005, TEDH 2005/131. Vid comentario de la jurisprudencia del citado Tribunal en M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA: *La reagrupación familiar de los extranjeros en España*, Pamplona 2006, pp. 39 a 48. S. IGLESIAS SÁNCHEZ: op. cit., p. 133. A. QUIRÓS FONTS: op. cit. Valencia, 2008, pp. 62 y ss.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

- como cuestión de legislación internacional arraigada y sujeta a obligaciones en función de los Tratados firmados, un Estado tiene derecho a controlar la entrada de extranjeros en su territorio.
- En lo que respecta a la inmigración, no se puede considerar que el artículo 8 imponga a un Estado una obligación general de autorizar la reagrupación familiar en su territorio.
- El artículo 8 exige a los Estados un justo equilibrio entre sus intereses de control de inmigración y los intereses de los demandantes en la reagrupación.

La reagrupación familiar constituye asimismo una vía de integración en el país de acogida¹¹. En ello insiste la citada Directiva al afirmar entre sus “Considerandos” que “la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia, contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal y como se declara en el Tratado”.

En el ejercicio del derecho de reagrupación, que tiene como obligado presupuesto la existencia de una relación familiar previa, entre extranjeros o con extranjeros, se plantean múltiples problemas derivados de las diferentes concepciones de familia y de sus distintas acepciones en relación con sus miembros, a los que ha de darse adecuada respuesta desde la multiculturalidad que impregna hoy en día nuestra sociedad¹², y es ahí donde el Derecho internacional Privado, como Derecho regulador de las relaciones privadas con elemento de extranjería, desempeña un papel principal. Hay que tener en cuenta que el colectivo de extranjeros más numeroso actualmente en España es el marroquí¹³, no es de extrañar por tanto que un relevante número de solicitudes de reagrupación familiar provenga de nacionales marroquíes¹⁴ y el Derecho de familia marroquí se encuentra bastante alejado, en cuanto a principios y organización familiar, del Derecho español¹⁵.

(11) M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA: op. cit., 2006, pp. 48 y ss.

(12) Instituto de Derecho Internacional. Resolución de Cracovia de 2005 sobre “Diferencias culturales y orden público en el Derecho Internacional Privado de la familia” *Annuaire IDI*, Vol. 71, I. 2005, pp. 11-115. S. SÁNCHEZ LORENZO: “Globalización, pluralidad cultural y Derecho Internacional de la familia”, *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, 2005, pp. 87 y ss. A. RODRÍGUEZ BENOT: “Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”. VV. AA.: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid 2002, pp. 15 y ss.

(13) Los últimos informes estadísticos publicados en la página www.extranjeros.mtas.es los cifra en cerca de 600.000 personas. (Informe estadístico 3, 2007, tabla 8).

(14) Fuente. Diario *El País*, 29 de marzo de 2005.

(15) Respecto a la nueva regulación del derecho marroquí vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ: “La reception du nouveau code de la famille marroccain (Moudawana 2004) en Europe”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, 3, pp. 877 y ss. P. DIAGO DIAGO: “Repercusiones de la nueva Mudawana en la inmigración marroquí” VV. AA.: *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Zaragoza: Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, 2004. id.: “La nueva Mudawana Marroquí y el Derecho Internacional Privado”, *REDI*, 2004-2, pp. 1078 a 1083.

El análisis del tema objeto del presente estudio lleva a diferenciar distintos tipos de situaciones en las que pueden encontrarse los familiares extranjeros que, en función de ese vínculo familiar, pretenden ser reagrupados en España o venir a España con su familia, y ello porque la situación de extranjería no es la misma, según se trate de un extranjero nacional de un Estado miembro de la Unión Europea¹⁶, que goza del estatus de ciudadano comunitario, o de un nacional de un tercer Estado, y esta diferente situación se extiende a la condición de sus familiares. La Ley Orgánica 4/2000 sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁷ (en adelante LOEX) establece en su artículo 1.3.⁹ que, *los nacionales de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables*. Por último habrá que considerar la situación jurídica en que se encuentran los familiares extranjeros de los españoles, sobre todo después de que éstos hayan sido objeto de regulación específica a través del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero¹⁸.

A los efectos del desarrollo del tema objeto de estudio, se va a exponer, en primer lugar, el régimen general, representado por la normativa general de extranjería y el derecho de reagrupación familiar que en la misma se articula (II); a continuación se presentará el régimen aplicable a los familiares de los ciudadanos europeos (III) fundamentado en el derecho a la libre circulación de personas, tanto de propio ciudadano como de los familiares que se desplazan con él con independencia de cuál sea su nacionalidad, para terminar con la referencia al derecho a la vida familiar de los propios ciudadanos españoles y de los miembros de su familia que no tengan la nacionalidad española (IV).

II. EL DERECHO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA

A) La articulación del derecho

En la legislación española, el derecho de los extranjeros residentes a la reagrupación familiar¹⁹ se encuentra expresamente reconocido en el apartado 2 del artículo 16 de la LOEX. Puede enten-

(16) Y de otros Estados a los que se extiende dicho régimen, vid. ámbito del RD 240/2007 (BOE de 28 de febrero de 2007), y apartado III de este estudio.

(17) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre 11/2003, de 28 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre.

(18) Apartado IV del presente estudio.

(19) Entre otra doctrina referida al derecho de reagrupación y su evolución en el ordenamiento español vid., M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. GRIEDER MACHADO: "La reagrupación familiar de los extranjeros en España", *El nuevo derecho de extranjería* (A. RODRÍGUEZ BENOT y C. HORNERO MÉNDEZ. Coords.), Granada 2001. F. ALONSO PÉREZ: "El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros. Innovaciones introducidas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre", *La Ley* núm. 6006 de 28 de abril de 2004. L. APARICIO: "Últimas transformaciones del derecho a la reagrupación familiar", *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, Aequalitas* núm. 15, 2004, pp. 24 y ss. R. ARENAS GARCÍA: "Problemas derivados de la reagrupación familiar", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2005, pp. 269 y ss. C. ESPLUGUES MOTA: *El nuevo régimen de la inmigración en España*, Valencia, 2001, pp. 70 y ss. Íd.: "Inmigración y derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar". VV. AA.: *La multiculturalidad: especial referencia a la*

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

derse como una manifestación concreta de la obligación constitucional de proteger a la familia (39.1 CE), con fundamento en el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, que reconoce a los propios extranjeros residentes el propio artículo 16 en su apartado 1. Sin embargo, no se considera, en sí mismo el derecho de reagrupación un derecho fundamental, como ha tenido ocasión de poner de manifiesto recientemente el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 7 de noviembre de 2007²⁰. En ella se da respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra frente a algunos preceptos de la ley de reforma de la LOEX, entre ellos, los relativos al derecho de reagrupación familiar (16.2, 17.2 y 18.4), por reputarse inconstitucional la remisión en blanco a su desarrollo reglamentario, ya que los preceptos reformados tienen rango de Ley Orgánica y sin embargo las condiciones del ejercicio del derecho que regulan se remiten a la vía reglamentaria, vulnerando la reserva de Ley Orgánica establecida en la misma Constitución. Tal motivo de impugnación es desestimado por el TC, en cuanto afecta a determinadas normas reguladoras del derecho de reagrupación familiar, remitiendo al reglamento la determinación de las condiciones para su ejercicio, y afirma *este derecho a la reagrupación familiar, sin embargo, 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, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia*. Añade además que tampoco en la normativa internacional de derechos humanos se ha reconocido explícitamente un auténtico derecho a la reagrupación familiar, ni derivado del artículo 8 CEDH, ni tampoco a entenderlo comprendido en el artículo 16.3 de la Declaración universal y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo que concluye que los preceptos impugnados (relativos al derecho de reagrupación familiar), *al no regular ni desarrollar el derecho fundamental a la intimidad familiar no están sometidos ni a la reserva de Ley Orgánica, ni a la reserva de ley establecida para los “derechos y libertades reconocidos en el capítulo II”*²¹.

La LOEX articula así el derecho de reagrupación familiar como un derecho de los extranjeros residentes, y somete su ejercicio a la concurrencia de ciertos requisitos. Se trata de un derecho atribuido a los extranjeros residentes en España (reagrupantes) y no a sus familiares no residentes (reagrupables): “Los extranjeros residentes tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17”. De manera que tales familiares serán, en su

Islam, Madrid 2002, pp. 89 y ss. I. GARCÍA RODRÍGUEZ: “The right to family reunification in the Spanish law system”, *SYIL*, vol. III, 1999-2000, pp. 1 y ss. I. LÁZARO GONZÁLEZ: “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho de reagrupación familiar”, *Migraciones*, 2002, núm. 12, pp. 43 y ss. M. MOYA ESCUDERO: “Derecho a la reagrupación familiar” en VV. AA.: *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, 2001, pp. 673 y ss. J. PÉREZ MILLA: “Configuración normativa y jurisprudencial de un derecho de reagrupación de la familia”, *Revista aragonesa de Administración Pública*, 1999, pp. 419 y ss. A. QUIRÓS FONS: op. cit., 2008. M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA, op. cit., 2006. E. ZABALO ESCUDERO: “Legislación española de extranjería: evolución y experiencias en su aplicación” en AA. VV.: *Migraciones, Iglesia y Derecho*, Pamplona, 2002, pp. 116 y ss. id.: “Problemática de la reagrupación familiar de los inmigrantes en España”, *Problemática jurídica de los movimientos migratorios*. V Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Zaragoza 2005, pp. 43 a 49.

(20) BOE 295, Suplemento, de 10 de diciembre de 2007.

(21) Vid. Fundamentos Jurídicos 10 y 11 de la citada sentencia.

caso, beneficiarios del derecho pero no titulares del mismo²². En ello coincide con la Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar (2003), cuyo artículo 1 dispone que su objetivo es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho de reagrupación familiar “de que disponen los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros”.

B) El ejercicio del derecho

A la hora de ejercitar este derecho²³, la LOEX exige la concurrencia de las condiciones que relaciona el artículo 18, desarrolladas posteriormente por el Reglamento 2393/2004 de 30 de diciembre²⁴ (en adelante Reglamento); en particular, se exige que el reagrupante haya residido en España durante un año al menos y tenga autorización para residir otro año más²⁵, que acredite disponer de un alojamiento o vivienda adecuada para él y la familia que quiera reagrupar, lo que tendrá que demostrar a través de un informe de la Corporación Local, o subsidiariamente acta notarial, [artículo 42.2.e) del Reglamento] y medios económicos suficientes para la subsistencia [artículo 42.2.d) del Reglamento]. La escasez de medios económicos, dificultades para el arrendamiento de viviendas y demás condicionamientos sociales que rodean en muchos casos la vida del inmigrante, constituyen obstáculos o inconvenientes, difícilmente superables, para la reunificación pretendida.

No pueden ejercitar este derecho los extranjeros que han sido previamente reagrupados, y que residen en España en calidad de tales, mientras no accedan a un permiso de residencia y trabajo independiente²⁶. Tratándose de ascendientes será necesario que tenga la condición de residen-

(22) De manera que no caben solicitudes unilaterales por parte de los familiares. Vid. M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA, op. cit. pp. 143 y 144.

(23) En relación con el procedimiento a seguir para ejercitar el derecho de reagrupación vid. E. LÓPEZ BARBA: “El ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en el Real Decreto 2393/2004”. *Aspectos puntuales del nuevo reglamento de extranjería*. SÁNCHEZ RODAS NAVARRO (dir.), Madrid 2005, pp. 174 y ss.

(24) BOE de 7 de enero de 2005.

(25) Según el artículo 42.1 del Reglamento para solicitar la reagrupación basta con tener autorización para residir un año y haber solicitado la autorización para residir al menos otro año más, si bien la autorización de residencia del familiar reagrupable no podrá concederse hasta que no se haya concedido la renovación.

(26) La Ley (artículo 19) supedita el acceso a un permiso independiente del reagrupante a la obtención de autorización para trabajar tanto en el caso del cónyuge como de los hijos que hayan alcanzado la mayoría de edad, así como de los ascendientes. El Reglamento, añade (artículo 41) que “en todo caso el cónyuge reagrupado podrá solicitar una autorización de residencia independiente cuando haya residido en España durante cinco años”. Además, a) cuando medie separación de derecho o divorcio, si ha convivido en España al menos dos años, b) cuando fuera víctima de violencia de género y se hubiera dictado orden judicial de protección, (lo que ya estaba previsto como supuesto excepcional en el artículo 19 LOEX) y c) por fallecimiento del reagrupante.

Respecto a los hijos el Reglamento también establece en cuanto al acceso a un permiso independiente, que, pueden obtenerlo una vez alcanzada la mayoría de edad, ya sea por obtención de una autorización para trabajar, o por haber residido en España durante cinco años.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

tes permanentes y acrediten solvencia económica, salvo que traten de reagrupar a hijos menores de edad o incapacitados, en cuyo caso basta con que reúnan las condiciones establecidas con carácter general, señaladas anteriormente. La reforma de la LOEX por Ley de 20 de noviembre de 2003, limitó el concepto de reagrupante, excluyendo a los residentes reagrupados, a fin de evitar, como señala su Exposición de Motivos “fraudes” (sic) en la reagrupación en cadena, ya que la redacción anterior de la Ley no establecía límites en este caso y los introducidos en el artículo 38.5 del Reglamento aprobado por RD 864/2001, quedaron anulados por la Sentencia del TS de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003/2422)²⁷.

C) Familiares objeto de reagrupación y modelos de familia

En la determinación de los familiares objeto de la reagrupación, y aunque no se desconoce la existencia de diferentes modelos de familia, se parte de una concepción estricta de familia, de manera que la reagrupación va dirigida²⁸ a la familia directa, formada por los descendientes, ascendientes y cónyuge, no alcanzando a los colaterales, pudiendo calificarse, siguiendo la terminología de la Directiva comunitaria (2003)²⁹, de “familia nuclear”, definida, en este contexto, como la constituida exclusivamente por “el cónyuge y los hijos menores de edad”, dejando en manos de las legislaciones estatales la posibilidad de ampliar el círculo a familiares tales como los ascendientes en línea directa, hijos mayores solteros o la pareja no casada. Por otra parte, la familia de que se trata se fundamenta en la monogamia, en cuanto, como expresa la citada Directiva y refleja la LOEX³⁰, “el derecho a la reagrupación familiar debe ejercerse en el debido respeto de los valores y principios reconocidos por los Estados miembros, especialmente en lo que se refiere a los derechos de las mujeres y de los niños, respeto que justifica que se opongan medidas restrictivas a las solicitudes de reagrupación familiar de familias poligámicas”. En esta línea, admitiendo sólo la reagrupación de un cónyuge, deja a los Estados la decisión de autorizar o de limitar la reagrupación de los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante³¹.

A continuación se analiza la inclusión de los miembros de la familia que, a los efectos del derecho de reagrupación, se relacionan en el artículo 17. 1 de la LOEX, incorporando la problemática que tales vínculos familiares plantean, en razón del o de los elementos de extranjería que presentan, desde la perspectiva *ius* internacional privatista y en clave de multiculturalidad:

(27) M.L. TRINIDAD GARCÍA y J. MARTÍN MARTÍN: *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 76. E. LÓPEZ BARBA: op. cit., pp. 201 y ss. A. QUIRÓS FONS: op. cit., pp. 164 y ss.

(28) R.M. MOLINER NAVARRO: “Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España”, AC 2001, núm. 14, pp. 487 y ss.

(29) R.M. MOLINER NAVARRO: “El concepto de familia nuclear en la Directiva europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar”, *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Aequalitas*, núm. 15, 2004, pp. 7 y ss.

(30) En cuanto únicamente admite la reagrupación de un cónyuge.

(31) Considerandos 9, 10 y 11. Artículo 4, Directiva 2003.

a) Cónyuge

El extranjero residente en España tiene derecho a reagrupar con él a su cónyuge *siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho*³². Tras la modificación del Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, el término cónyuge incluye también la condición derivada del matrimonio entre personas del mismo sexo, al establecer el artículo 44 del Código que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo. Por ello no habría nada que oponer a la reagrupación del cónyuge del mismo sexo de un extranjero residente en España, si dicho matrimonio se ha celebrado válidamente de acuerdo con las normas de Derecho Internacional privado³³.

Al tratarse de cónyuges extranjeros (sean del mismo o diferente sexo), y muchas de las veces de matrimonios ya celebrados en el extranjero, ha de considerarse la validez del matrimonio como condición previa de la que resulta dicho estatus, derivado del vínculo matrimonial, a la luz de las soluciones del Derecho Internacional privado español; dicho vínculo deberá ser acreditado documentalmente en la solicitud de reagrupación³⁴ [artículo 42.2.a) del Reglamento] y será objeto de control por la autoridad consular encargada de la tramitación el visado [artículo 43.2.d) y 43.3 del Reglamento]³⁵.

La validez de este matrimonio en España obedece, presupuestos los elementos de extranjería de tal relación, a las normas de Derecho Internacional Privado, que llevan a la aplicación de la ley o leyes personales de los contrayentes en materia de capacidad y consentimiento, como cuestiones englobadas en el estatuto personal (artículo 9.1 del Código Civil)³⁶, y de esta misma ley o de la ley del lugar de celebración en materia de forma de prestación del consentimiento

(32) Sobre la noción de cónyuge a los efectos del derecho de reagrupación, vid. A. QUIROS FONS: op. cit., pp. 183-246.

(33) Sobre los aspectos de Derecho Internacional privado la doctrina de la DGRN se resume en la Resolución Circular de 29 de julio de 2005. (BOE 188, de 8 de agosto de 2005). Sobre el tema, A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: "Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho internacional privado español" *Diario La Ley*, 6391 de 2 de enero de 2006. P. ABARCA JUNCO y M. GÓMEZ GENE: "Note sobre la resolución Circular de 29 de Julio de 2005, de la Dirección General de Registros y Notariado sobre matrimonios civiles de personas del mismo sexo" *REDI*, 1, 2006, pp. 309 y ss. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado: una lectura mas crítica", *La Ley*, núm. 1, 2007, pp. 1531 y ss.- R. ARENAS GARCÍA: "La doctrina reciente de la DGRN en material de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2005, pp 351-371. E. ZABALO ESCUDERO y P. DIAGO DIAGO: "Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional-privatista" *VVAA: Novedades legislativas en materia matrimonial*. Madrid, CGPJ, 2006 (en prensa)

(34) M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA: op. cit., p. 223: los medios de prueba de la relación jurídico matrimonial serán normalmente las actas extranjeras o los certificados originales de inscripción expedidos por el Registro extranjero correspondiente.

(35) P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS. *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho Internacional Privado español*, Pamplona, 2002 p. 243

(36) Instrucción de la DGRN 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de complacencia (BOE 41, de 27 de febrero de 2006), apartado VI.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

matrimonial, como se deriva de los artículos 40 y 50 del mismo Código³⁷. Todo ello supondrá la aplicación de un derecho extranjero a las condiciones de fondo relativas a la celebración, y si el matrimonio también se ha celebrado fuera de España, ante autoridad extranjera, el derecho extranjero regirá asimismo las condiciones de forma.

Condición vinculada a la de cónyuge es *que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley*. Se hace así referencia expresa a los denominados matrimonios por conveniencia³⁸, tratando de evitar que el matrimonio se convierta en un expediente de regularización de extranjeros que pueda generar, incluso, beneficios económicos al concertarse, como si de una mercancía o servicio se tratara, a cambio del pago de una cantidad de dinero. Advierte en tal sentido la DGRN en la Instrucción de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de complacencia que uno de los objetivos perseguidos, a través del matrimonio, es lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados, celebrándose sin verdadero consentimiento matrimonial, y frecuentemente a cambio de un precio. De hecho, la entrega de una cantidad monetaria se considera un poderoso indicio de simulación, pero “quedan exceptuadas las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de la dote sea una práctica normal”. Más que una práctica, la dote en el derecho islámico, que puede resultar aplicable a los efectos del matrimonio, y a su propia celebración, viene exigida legalmente como una condición de validez del matrimonio o como un efecto consustancial al mismo³⁹.

Los matrimonios por conveniencia⁴⁰, orientados tradicionalmente a la adquisición de la nacionalidad española, cobran una nueva virtualidad como expediente de regularización en el ámbito del derecho de extranjería, para conseguir la reagrupación. Como frecuentemente el matrimonio se ha celebrado en el extranjero, siendo ambos cónyuges extranjeros, los controles de los que dispone la legislación registral española, sea en el expediente previo a la celebración, sea posteriormente en el momento de la inscripción, no resultan aplicables, al tratarse de matrimonios que no acceden al Registro Civil español⁴¹. Por tanto, la LOEX, a través de la

(37) J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: “Derecho de familia. El matrimonio” en VV. AA.: *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid 1995 p. 305. I. GARCÍA RODRÍGUEZ: *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, 1999.

(38) Sobre la nueva Instrucción de la DGRN: A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Los matrimonios de complacencia y la instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006”, *La ley* 4 de enero de 2007, núm. 6622. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS: “Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006” *Diario La Ley*, núm. 6542 de 2006.

(39) P. DIAGO DIAGO: “La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du Droit international privé espagnol”, *Annales de droit de Louvain*, 2001, páginas: 407 a 442. E. ZABALO ESCUDERO: “Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam”. VV. AA.: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid 2002, pp. 246 a 252.

(40) S. SÁNCHEZ LORENZO: “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”. VV. AA.: *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*. Madrid, 2003, pp. 247 y ss. P. DIAGO DIAGO: “Matrimonios por conveniencia”, *Actualidad Civil*, 1996, pp. 329 y ss.

(41) Y en tal caso ajenos al tráfico registral español, como pone de relieve M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA: op. cit., 2006, p. 216.

prevención señalada, trata de que esos matrimonios no produzcan los efectos pretendidos con su celebración, en el ámbito del Derecho de extranjería.

En consecuencia, como afirma la DGRN en la Instrucción de 2006 respecto a los matrimonios por complacencia, “la ley nacional de cada contrayente determinará si el consentimiento prestado o a prestar por dicho contrayente es auténtico consentimiento matrimonial”. En el supuesto de matrimonio entre extranjeros, al que se dirige la reagrupación familiar, “el canon de validez lo dará el o los derechos extranjeros de los contrayentes, pero intervendrá el orden público (artículo 12.3 CC) frente a una ley extranjera que admita la validez del matrimonio sin consentimiento o con consentimiento simulado, y en tal caso la aplicación de la ley extranjera será rechazada y en su lugar se aplicará el Derecho español al consentimiento matrimonial”. La ausencia de verdadero consentimiento matrimonial a efectos de considerar el matrimonio fraudulento se apreciará, por tanto, a la luz del derecho extranjero aplicable al consentimiento matrimonial, con la salvedad del orden público.

En esta línea, a efectos del ejercicio del derecho de reagrupación, las diferencias culturales y la concepción sobre la institución matrimonial, se han tenido en cuenta en la práctica judicial⁴², no apreciándose necesariamente existencia de fraude o simulación, cuando en el país de origen donde se ha celebrado el matrimonio el consentimiento no es prestado personalmente por los contrayentes, sino por sus familiares o representantes, o el matrimonio ha sido concertado previamente, siendo ello acorde con el ordenamiento en cuestión.

En tal sentido, cabe traer a colación la Sentencia del TSJ de Madrid de 30 de diciembre de 2005⁴³ que resuelve sobre la denegación del visado de residencia por reagrupación familiar a una ciudadana marroquí por considerar que el vínculo matrimonial no estaba suficientemente garantizado. El matrimonio se celebró en Marruecos, siendo la esposa menor de edad, reciente y concertado a los 14 años, siendo los contrayentes familia y desconociendo la esposa datos esenciales del marido. El Tribunal ha de valorar si concurre la condición de fraude establecida en el artículo 17.1.a) de la LOEX, y afirma: “para apreciar la concurrencia de dicho fraude legal es preciso contar con elementos probatorios que acrediten suficientemente que el matrimonio es, como se ha dicho, exclusivamente una apariencia y no responde al deseo de los contrayentes de convivir plenamente de forma estable, esto es, que no existe *affectio maritalis*”. Concluye que los elementos sobre los que se fundamenta la denegación no son suficientes para estimar que el matrimonio concertado sea fraudulento o de mera conveniencia. “La minoría de edad de la esposa no constituye un impedimento para la legislación marroquí, aplicable a dicho acto, ni tampoco el parentesco que no consta acreditado, y el que se hubiera concertado no es determinante de la falta de consentimiento de los cónyuges”. Por todo ello estima el recurso con la consiguiente anulación del acto recurrido.

La concepción monogámica del matrimonio encuentra reflejo en la condición de que *en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta*

(42) M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA: op. cit., p. 226.

(43) Sentencia núm. 1411, JUR 2006/ 121013.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

modalidad matrimonial, impuesta en el mismo artículo 17.a) de la LOEX. Y en correlación con ello, el artículo 42.2.f) del Reglamento exige, en la tramitación del expediente de reagrupación, la declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge. Se está teniendo en cuenta la realidad de los matrimonios poligámicos, que pueden ser perfectamente válidos en el país de origen de los inmigrantes, pero a los que se opone en España la acción del orden público internacional⁴⁴.

Las reglas de Derecho Internacional privado, anteriormente expuestas, ordenan aplicar a los matrimonios poligámicos extranjeros, la ley extranjera de la nacionalidad de los cónyuges y del lugar de celebración. Conforme a dicha ley o leyes, aplicables respectivamente a la capacidad y forma de celebración, el matrimonio se consideraría válido, por aceptar dicho ordenamiento extranjero la poligamia⁴⁵, pero la aplicación de tales leyes es rechazada por la excepción del orden público internacional, contenida en el artículo 12.3 del Código Civil. Por ello nunca serán considerados válidos tal o tales matrimonios, ni podrían llegar a inscribirse si se dieran las circunstancias personales necesarias para tal pretensión (por ejemplo la naturalización de los cónyuges), sin perjuicio de que pudieran hacer surtir efectos indirectos en otros ámbitos⁴⁶. Como ha afirmado la DGRN “El matrimonio poligámico cuya inscripción se intenta se celebró en 1972, cuando consta también acreditado por certificación expedida por la autoridad marroquí y por confesión del mismo promotor en su escrito de recurso que el contrayente marroquí había celebrado un matrimonio anterior, que hay que presumir válido y subsistente. Aunque el segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (cfr. artículo 12.3 CC) que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer... no es cuestión de dilucidar ahora los efectos de distinto tipo que ese hecho pueda producir para el ordenamiento español. Lo que es evidente es que no puede admitirse que en una inscripción de matrimonio en el Registro español conste que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace”⁴⁷.

Pues bien, entre esos efectos de distinto tipo que el matrimonio poligámico, válidamente celebrado en el extranjero, puede llegar a producir, destaca el ámbito del derecho de la extranjería y en particular el derecho de reagrupación familiar, ya que la ley permite reagrupar a cualquiera de las esposas, si bien con la limitación en número de una, cuando según nuestro derecho nunca se reconoce la validez, a efectos civiles, de los sucesivos matrimonios por la acción del orden público. Nótese que la condición de “cónyuge”, por tanto le es reconocida no necesariamente a

(44) I. GARCÍA RODRÍGUEZ: “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *Ius connubi* (especial referencia a la poligamia). VV. AA.: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid 2002, pp. 175 y ss. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA: “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, *Actualidad laboral*, núm. 3, 2003, pp. 581 y ss.

(45) Respecto a la nueva regulación del derecho marroquí vid. doctrina ya citada en nota 15.

(46) Por ejemplo en relación con el reconocimiento de la pensión de viudedad dividida entre dos esposas. A tal efecto Sentencia del TSJ de Galicia de 2 de abril de 2002.

(47) RJA 2002/1728.

la primera esposa⁴⁸, sino a cualquiera de ellas a estos efectos, por lo que se produce, en este plano concreto, una atenuación del orden público⁴⁹. La consecuencia, entonces, es que el cónyuge que se beneficia del derecho de reagrupación queda a la elección del reagrupante⁵⁰.

Una última previsión en relación al cónyuge es la compleja fórmula dedicada al supuesto de nuevas nupcias del reagrupante, tras la disolución del matrimonio anterior⁵¹. En este caso, el nuevo cónyuge sólo podrá beneficiarse del derecho de reagrupación, si la “separación de sus anteriores matrimonios (en referencia al reagrupante) ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico en el que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión del cónyuge y los alimentos para los menores dependientes”. En puridad, la celebración de un segundo matrimonio requiere la disolución del anterior (salvo en el caso del matrimonio poligámico allí donde sea admitido) no resultando precisas, por ello, las referencias a la condición de separado del reagrupante y a la separación, por una parte, y al procedimiento jurídico en virtud del cual se ha producido, por otra, cuando el matrimonio se disuelve, en el Derecho español, en virtud de un procedimiento judicial.

Estos términos requieren, por tanto, una explicación en el contexto en el que son utilizados. Hay que recordar que la reagrupación familiar se fundamenta en la existencia de vínculos familiares entre extranjeros y muchas veces constituidos en el extranjero, y en este caso particular se prevé la extinción del vínculo matrimonial y la constitución de uno nuevo, por ello los términos que describen tal situación han de permitir dar cobertura a los mecanismos legales de disolución del matrimonio contemplados en ordenamientos extranjeros. De ahí, que al referirse la norma al reagrupante, como el *extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias*, ha de entenderse esta condición de separado, en sentido amplio, como una consecuencia derivada de la disolución del matrimonio⁵².

La referencia a *procedimiento jurídico* permite incluir tanto la disolución judicial del matrimonio, como otros procedimientos previstos según algún ordenamiento extranjero que sea de aplicación al caso y que no requieran la intervención del Juez⁵³. Más dudas surgen en relación

(48) Al contrario que en otros ordenamientos, vid. al respecto, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA: op. cit., 2006, pp. 235 y 236.

(49) A. BORRÁS RODRÍGUEZ: “La sociedad europea multicultural. La integración del mundo islámico” *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona 1997, p. 183.

(50) S. SÁNCHEZ LORENZO: op. cit., p. 115: De igual modo, la prohibición de la poligamia tampoco aconseja optar en el Derecho de extranjería por preterir a los sucesivos cónyuges en derechos como la reagrupación familiar o, aún peor, al que elija el propio reagrupante, tal y como se contempla en un buen número de normativas europeas y occidentales. Tampoco resulta saludable la denegación de residencia al extranjero polígamo pues incita a la práctica del repudio.

(51) Sobre las distintas interpretaciones a que puede dar lugar la redacción del precepto, vid. C. ESPLUGUES MOTA: op. cit., 2001, pp. 82 y ss. id.: op. cit., 2002, pp. 115 y 116.

(52) M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA: op. cit., 2006, p. 242.

(53) Por ejemplo, en Cuba cabe el divorcio ante notario, en Japón ante los alcaldes, o incluso en algunos países se basa en el acuerdo privado entre los cónyuges (Tailandia), vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Divorcios extranjeros sin intervención judicial. Práctica del Tribunal Supremo”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid 2000, pp. 39 y ss.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

al repudio⁵⁴, causa según el derecho islámico, de disolución del matrimonio⁵⁵. Si es conforme a la ley extranjera aplicable, como cauce de disolución del matrimonio, podría admitirse que se trata de un procedimiento jurídico, que deberá acreditarse documentalmente (normalmente consta en acta notarial o documento público), lo que ya es más difícil en tales casos es que se reúnan el resto de las condiciones exigidas por la Ley para poder reagrupar al nuevo cónyuge, en lo que se refiere a vivienda del cónyuge anterior y sus familiares, y pensión y alimentos para los menores dependientes⁵⁶. En definitiva, lo que se pretende con la citada previsión de la LOEX es que se encuentre asegurada la situación familiar anterior ya extinta, antes de permitir la reagrupación del nuevo cónyuge⁵⁷.

La LOEX no ha contemplado a la pareja de hecho, registrada o no, entre los familiares reagrupables de los residentes extranjeros. Sin embargo, sí se incluyó en la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado⁵⁸, cuyo su artículo 10.1 designa entre los beneficiarios del asilo al “cónyuge del refugiado o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia”. La Directiva (2003) sobre reagrupación familiar no toma partido al respecto, dejando la decisión a los Estados miembros, y en concreto establece el artículo 4.3 que *estos podrán por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y residencia del compañero no casado nacional de un país tercero que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada*. Esta regulación contrasta con la Directiva 2004/38 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, que incluye directamente, como miembro de la familia del ciudadano europeo, a la pareja registrada⁵⁹. Como consecuencia de ello, el nuevo Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudada-

M. GUZMÁN ZAPATER: “Divorcios sin intervención judicial y repudio. Exequátur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y Méjico”, AC 2, 1999, pp. 15 a 32.

(54) E. LÓPEZ BARBA: op. cit., p. 185. M.D. ADAM MUÑOZ: “La importancia de la normativa de extranjería en el acceso de las mujeres migrantes extranjeras al mercado laboral español”, *Inmigración y derechos de los extranjeros*. Annaïck Fernández le Gaal y Sandra García Cano (Dirs.) Córdoba, 2005, pp. 133 y 134. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA: op. cit., 2006, pp. 344 a 346

(55) A. QUIÑONES ESCÁMEZ: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Barcelona, 2000, pp. 75 yy ss. id: “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, VV. AA.: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid 2002, pp. 261 y ss.

(56) Precisamente, a los efectos de conseguir la eficacia de un acta de repudio marroquí a través del exequátur vid. Auto de la AP de Toledo de 1 de marzo de 2006 (JUR 2006/127284), en el que se deniega el exequátur de la repudiación consensual retribuida marroquí por no quedar establecida la situación de los hijos menores.

(57) M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA: op. cit., 2006, p. 243: En cierta medida esta previsión actuaría como freno (o al menos sería disuasoria) de divorcios “a vapor” con el fin de reagrupar al segundo cónyuge.

(58) Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo.

(59) E. ZABALO ESCUDERO: “Derecho comunitario, vida familiar y desplazamientos de personas en la Unión Europea”, *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 16, 2005, pp. 28-33. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA: “La reagrupación familiar de los extranjeros en el derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el derecho comunitario. En *El derecho de familia ante el s. XXI. Aspectos internacionales*, Madrid, 2003, pp. 819 y ss.

nos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, incluye entre los familiares a los que se les extiende dicho régimen, a la pareja inscrita en un registro público de un Estado miembro de la Unión Europea o parte del Espacio Económico Europeo⁶⁰.

De *lege ferenda*, sería deseable una respuesta legal adecuada desde el derecho de extranjería, teniendo en cuenta el principio constitucional de protección a la familia⁶¹ y la progresiva equiparación que en la mayoría de los ordenamientos presentan este tipo de uniones con las uniones matrimoniales así como su aceptación general como modelo de familia no matrimonial⁶², y en particular, la plural legislación autonómica que, en el ordenamiento español, se ocupa de la configuración y efectos jurídicos de dichas uniones⁶³.

b) Los hijos

La LOEX en su artículo 17.1.b) incluye, entre los familiares reagrupables, a los *hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados*, así como a *los de uno solo de los cónyuges*. Los hijos han de ser de ser *menores de dieciocho años*⁶⁴ o estar *incapacitados de conformidad con su ley personal o con la ley española, y no encontrarse casados*.

De esta manera, sólo los *hijos menores o incapacitados, no casados*, son objeto de reagrupación. La condiciones relativas a la capacidad, en el plano del estado civil, se determinan en virtud del artículo 9.1 del Código Civil por la ley personal, pero la Ley de extranjería se aparta de esta solución. Al referirse al menor, fija directamente una edad inferior a los dieciocho años, tomando como referencia la mayoría de edad del Derecho español en general, pudiendo darse el caso de que la legislación extranjera fijara una edad superior (por ejemplo, los veinte años) para alcanzar esa mayoría de edad, y por tanto el hijo aún sería menor civilmente y, por ende, se encontraría bajo la responsabilidad parental de sus progenitores, todo ello según su ley personal, pero no se beneficiaría del derecho de reagrupación. Dicha edad, por otra parte, impuesta a la reagrupación de los hijos de los extranjeros residentes contrasta con la que se toma como referencia para permitir la reunificación de los hijos de los ciudadanos comunitarios cifrada en veintiún años⁶⁵ (RD 240/2007), como se pondrá de relieve en el apartado siguiente.

(60) BOE 51, de 28 de febrero. Vid artículo 2.b), y disposición final 3.2.1.b) por lo que se refiere a la pareja de españoles.

(61) R. ARENAS GARCÍA: op. cit., pp. 290 y ss.

(62) C. GONZÁLEZ BEILFUSS: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Barcelona, 2004. A. QUIÑONES ESCÁMEZ: *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Barcelona 2007.

(63) VV. AA.: *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. E. ROCA TRÍAS (Dir.), CGPJ, Manuales de formación continua núm. 28, Madrid 2005.

(64) Jurisprudencialmente se interpreta que han de tener esta condición en el momento de la solicitud, sin importar que ya sean mayores en el momento de la resolución del expediente vid. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, op. cit., 2006, p. 247.

(65) A. QUIROS FONS: op. cit., p. 251: Otra diferencia que algunos consideran como discriminación es la del umbral de edad aplicado en el régimen comunitario que, como se verá eleva el mínimo a los veintiún años e incluso lo eleva sin límite con la concurrencia de dependencia económica. Es por lo que se propone desde la doctrina trasladar este último criterio al régimen general que estamos estudiando.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

La referencia a la incapacitación, en sentido estricto, presupone en el Derecho español una decisión judicial en la que se declara dicha condición⁶⁶, decisión judicial que al referirse generalmente a extranjeros que no residen en España procederá, salvo excepciones, de autoridad extranjera⁶⁷, con la consiguiente problemática de su eficacia probatoria en España, y que deberá ser acreditada documentalmente en el expediente de reagrupación. La conformidad de esta medida con *la ley personal o la ley española*, se aparta de las soluciones de Derecho Internacional Privado español que ordena aplicar la ley nacional a la capacidad (artículo 9.1 CC) y a los mecanismos de protección de incapaces, salvo para las medidas provisionales o urgentes que se rigen por la ley de residencia habitual o para las medidas de carácter protector y educativo respecto de menores o incapaces abandonados que se encontraren en territorio español, que se adoptarán de acuerdo con la ley española (artículo 9.6 CC).

La alternatividad de leyes mencionada, ha dado lugar a sostener una interpretación más flexible del significado y alcance de la incapacitación en este contexto, dando entrada a la ley española⁶⁸, en concurso con la ley extranjera aplicable. Por otra parte, dadas las posibles diferencias entre los ordenamientos jurídicos y sin olvidar que la ley de extranjería se está refiriendo a incapacitados extranjeros, la conformidad con la ley personal permitiría incluir a quien, a pesar de no mediar sentencia judicial, presentara una causa de incapacidad natural reconocida como tal por la ley⁶⁹. Dicha interpretación sería más coherente con las previsiones de la Directiva sobre reagrupación familiar (2003), que faculta a las legislaciones estatales para incluir a los hijos mayores solteros “que no sean capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud”.

Sin embargo la Dirección General de Inmigración sostiene una interpretación restrictiva al respecto, afirmando en su Instrucción de 17 de enero de 2008, si bien en relación con la reagrupación de otros menores o incapaces sometidos a la representación legal del reagrupante [17.1.c)], que “las decisiones sobre incapacitación no acordadas por Autoridad judicial carecen de validez en España. Igualmente carecen de validez aquellas en las que, aun cuando sean judiciales, no concorra causa física o psíquica relevante para declarar la incapacitación (artículo 12.3 del Código Civil)”⁷⁰.

Como no podía ser de otra forma, por la incidencia del principio de igualdad de los hijos, se incluye como beneficiarios de la reagrupación a los *hijos adoptivos*, siempre que se acredite que *la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto*

(66) Artículo 199 del Código Civil.

(67) La competencia judicial internacional de las autoridades españolas en materia de protección de incapaces mayores se fundamenta en el foro de la residencia habitual del incapacitado, como foro especial del artículo 22.3 LOPJ.

(68) C. ESPLUGUES MOTA: “Inmigración y Derecho de extranjería: especial referencia a la reagrupación familiar” VV. AA.: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid 2002, p. 131: al permitir cotejar la incapacitación respecto de dos leyes y no solo de una como hace el artículo 9.1 CC.

(69) En este sentido M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación...*, op. cit., p. 255.

(70) Instrucción DGI/SGRJ/01/2008.

en España. Con ello se alude a que la adopción extranjera sea sustancialmente equivalente a la adopción española y, por tanto, susceptible de ser reconocida como tal, dadas las diferencias existentes en el Derecho comparado sobre la configuración jurídica del instituto jurídico adoptivo⁷¹. La eficacia de la adopción constituida por Autoridad extranjera en España ha quedado recientemente regulada en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional⁷², que exige, entre otras condiciones, la competencia de la autoridad que constituyó la adopción en el extranjero⁷³ y el cumplimiento de la legislación aplicable a su constitución, según las normas de Derecho Internacional Privado del país en el que se constituye la adopción (artículo 26.1), añadiendo, como requisitos de fondo para apreciar su equivalencia con la adopción española, que (a) produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, (b) que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y (c) que sea irrevocable por los adoptantes (artículo 26.2).

Si no existiera la correspondencia de efectos jurídicos indicada, siempre que diera lugar a un vínculo de filiación, se trataría de una adopción simple extranjera⁷⁴, definida así en el artículo 15.4 de la citada Ley de adopción internacional. Tal adopción simple surte efectos en España como tal, si se ajusta a la ley nacional del adoptado con arreglo al artículo 9.4 del Código Civil, norma de conflicto aplicable a las relaciones paterno filiales, que determinará la extensión de la relación paterno filial así como la atribución de la patria potestad (artículo 30, 1 y 2 Ley de adopción internacional). Esta adopción, obviamente, no puede equipararse a la adopción del Derecho español y por ello la nueva Ley articula un procedimiento, hasta ahora inexistente, de transformación o conversión para el que deben cumplirse las condiciones establecidas en su artículo 30.4.

(71) J.L. IRIARTE ÁNGEL: "Adopción internacional: últimas tendencias en el ordenamiento español", *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid 2000, pp. 139 y ss. C. ESPLUGUES MOTA: "El nuevo régimen de la adopción internacional en España, RDIPP, 1997, pp. 33 y ss. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "Adopción internacional y sociedad multicultural", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria- Gasteiz*, 1998, pp. 175 y ss. E. ZABALO ESCUDERO: "El artículo 9.5 del Código Civil y la adopción extranjera", *Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, 1999, pp. 271-282. Sobre las adopciones por conveniencia, P. DIAGO DIAGO: "Adopciones ficticias o por conveniencia", AA. VV.: *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid 2004, pp. 229 a 247.

(72) BOE de 29 de diciembre de 2007.

(73) Para el control de la autoridad competente extranjera dispone el artículo 26.1, 1.º que la adopción ha debido ser constituida por autoridad pública, sea judicial o no. Con ello se da solución expresa a aquellos casos en que la adopción se ha constituido en el extranjero por autoridad no judicial, sin que ello pueda ser causa de denegación del visado de reagrupación familiar como ocurrió en la Sentencia del TSJ de Madrid de 2 de junio de 2004 (JUR 2004/299618), respecto a un menor adoptado en China con el siguiente argumento: "Ciertamente, como señala la Abogacía del Estado, el recurrente no ha aportado documento alguno que evidencie que la adopción produce efectos en España. En el expediente consta una acta notarial de 19-3-2001, que acredita un acuerdo de adopción, pero sin que exista otra constancia de la legalidad de dicha adopción, debiéndose tener en cuenta que en España la adopción se constituye por resolución judicial y, de habitual, con la previa propuesta de una entidad pública (artículo 176 CC), no existiendo tampoco prueba del derecho extranjero referente a esta materia ni acreditación alguna de que la adopción pueda producir efectos en España, ya sea por reciprocidad, legalización con reconocimiento de efectos, etc. por lo que, en base a todo ello, la decisión administrativa no cabe reputarla de arbitraria a la vista del requisito exigido por el artículo 17 de la Ley 4/2000, ni vulnerados los preceptos constitucionales y convencionales invocados, por lo que la demanda se ha de desestimar".

(74) F. CALVO BABIO: *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid 2003.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

Si se tratara de una adopción internacional, realizada al amparo del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción⁷⁵, sus efectos se reconocen de pleno derecho en todos los Estados contratantes, siempre que haya sido certificada conforme al Convenio por la Autoridad competente del Estado de origen. Hay que tener en cuenta que el Convenio tiene un ámbito de aplicación limitado, en cuanto que se aplica sólo a las adopciones transnacionales, esto es, que conllevan el desplazamiento del niño con residencia habitual en un Estado contratante (Estado de origen) a otro Estado contratante (Estado de recepción) que es el de la residencia habitual de los adoptantes (artículo 2). Además la adopción ha de producir un vínculo de filiación y el adoptado no haber alcanzado la edad de dieciocho años (artículo 3)⁷⁶. La existencia de Convenios internacionales regulando los efectos de la adopción es recordada en la Directiva de reagrupación familiar, cuando en su artículo 4.b) incluye a los hijos adoptados en virtud de resoluciones que sean ejecutivas o que deban reconocerse de conformidad con las obligaciones internacionales del Estado miembro de que se trate.

En relación con la problemática derivada de las diferentes instituciones de protección del Derecho comparado y en especial por lo que afecta a la inmigración de origen islámico, cabría apuntar que no entran en el concepto de hijos adoptivos los menores extranjeros sometidos a *kafala*⁷⁷ que, reconocida como una institución de protección y cuidado de menores en el artículo 20.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, no entraña vínculo de filiación alguno, al no estar permitida la adopción en el derecho islámico⁷⁸.

(75) BOE de 1 de agosto de 1995.

(76) Ciertamente los citados requisitos hacen difícil que el Convenio se convierta en la base jurídica de los efectos de la adopción en supuestos de reagrupación, pues normalmente se trata de adopciones extranjeras que han tenido lugar antes del desplazamiento a España, tanto incluso del propio adoptante reagrupante como del adoptado extranjero. Al respecto A. QUIROS FONS: op. cit., 2008, p. 257.

(77) A. RODRÍGUEZ BENOT: "Adopción y kafala: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales". *Derecho Internacional y Relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Madrid 1999, pp. 195 y ss. A. LÓPEZ AZCONA: "La institución musulmana de la kafala y el derecho de extranjería: breve noticia de algunas resoluciones judiciales", *Revista de Derecho Migratorio y extranjería*, marzo, 2006, pp. 223 y ss.

(78) Resolución de la DGRN de 21 de marzo de 2006 (BOE de 30 de mayo de 2006) y Resolución Circular de 15 de julio de 2006 de la DGRN sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales (BOE de 30 de agosto de 2006): "La «kafala» musulmana y otras instituciones de prohijamiento de menores que no crean vínculos de filiación entre los «kafils» –o persona que asume la 'Kafala' del menor- y este último, pueden ser reconocidas en España si han sido válidamente constituidas por autoridad extranjera, siempre que no vulneran el orden público internacional español y si los documentos en los que constan se presentan debidamente legalizados y traducidos a idioma oficial español (artículos 323 y 144 LEC 1/2000). Ahora bien, nunca podrán ser reconocidas en España «como adopciones», sino que, a través de la técnica jurídica propia del Derecho Internacional Privado de la «calificación por la función», puede entenderse que tales instituciones, desconocidas para el Ordenamiento jurídico español, desarrollan en el Derecho extranjero una función similar a la que despliega, en Derecho español, el «acogimiento familiar» que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, bien con carácter transitorio –acogimiento familiar simple–, bien con carácter permanente –acogimiento familiar permanente–, pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres (cfr. artículos 173 y 173bis CC y Resoluciones de 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993, 13 de octubre de 1995 y 1 de febrero de 1996). Por tanto, dada su similitud funcional, la «kafala» puede considerarse en España como un «acogimiento familiar»".

Si se tratare de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requiere que aquél ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo, como condición previa a la reagrupación. A través de la reagrupación se producirá un desplazamiento internacional del niño y se pretende evitar que dicho desplazamiento se efectúe vulnerando un derecho de custodia⁷⁹, lo que podría incluso tipificarse como un supuesto de sustracción internacional de menores⁸⁰, de ahí la exigencia de que el cónyuge residente reagrupante ejerza la patria potestad en solitario o tenga atribuida exclusivamente la custodia⁸¹.

En el plano de la multiculturalidad, las diferencias en cuanto a la organización familiar de Derecho islámico⁸², se ponen de relieve cuando se trata de la reagrupación de los hijos, y especialmente cuando se trata de hijos de uno de los cónyuges por la concurrencia de las condiciones expuestas. A ello se une que hay ordenamientos que aceptan el matrimonio poligámico, y por ello el reagrupante puede intentar reagrupar a los hijos de una esposa distinta a la que hubiera reagrupado en virtud de lo previsto en la Ley [artículo 17.1.a)]⁸³. Las instituciones que conforman el contenido de las relaciones paterno filiales en el Derecho español no encuentran a veces un paralelismo en los ordenamientos islámicos, que sustentan la organización familiar en una base patriarcal, que lleva a atribuir la tutela personal de los hijos al padre, y la guarda física y cuidado a la madre bajo la conocida institución de la *hadana*⁸⁴. La ley rectora de las relaciones paterno filiales según el Derecho Internacional Privado español es la ley nacional del hijo, pero en la valoración de las condiciones indicadas relativas a la patria potestad y a la custodia, que constituyen el presupuesto de la reagrupación, habría que tenerse en cuenta la concepción del Derecho del país de origen⁸⁵, en todo lo que no choque con el orden público⁸⁶ (artículo 12.3 CC) y teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor⁸⁷, como elemento integrante del mismo en el ámbito de la protección de menores y de la responsabilidad parental.

(79) J.P. GONZÁLEZ DEL POZO: "La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores", *Diario La Ley* núm. 6886 de 19 de febrero de 2008.

(80) Sobre el concepto de sustracción internacional vid. el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, artículo 3 y el Reglamento CE 2201/2003, artículo 2.11.

(81) A. QUIROS FONS: op. cit., pp. 262 y ss. M. VARGAS URRUTIA: op. cit., 2006, pp. 256 y ss.

(82) Vid. al efecto P. DIAGO DIAGO: "La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos", VV. AA.: *Mundialización y familia*, Madrid 2001, pp. 143 y ss.

(83) Vid. artículo 4.4 de la Directiva CE sobre reagrupación familiar, que faculta a los Estados miembros para limitar la reagrupación de los hijos del reagrupante y del otro cónyuge, no reagrupado, en el caso de matrimonio poligámico.

(84) P. DIAGO DIAGO: op. cit., 2001, pp. 147 a 151.

(85) M.D. ADAM MUÑOZ: op. cit., 2005, p. 135.

(86) S. SÁNCHEZ LORENZO: op. cit., p. 128: Tampoco los límites de la tolerancia pueden sobrepasarse cuando se trata de diseñar relaciones paterno filiales y la atribución y privación de derechos de patria potestad o custodia sobre la base de criterios discriminatorios por razón de sexo, etnia, origen o religión. Este límite provoca conflictos habituales entre los sistemas occidentales e islámicos.

(87) A. QUIRÓS FONS: op. cit., pp. 264 y 265.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

A estos efectos parece oportuno recoger la decisión adoptada por el TSJ de Madrid en Sentencia de 10 de junio de 2004 por la que se estimó contrario a los intereses de los menores viajar a un país del que desconocían su cultura y su lengua, sustituyendo además a su madre biológica por la segunda esposa del demandante, que como reagrupante había solicitado la reagrupación de tres hijos que tenía con una esposa distinta a la que había reagrupado⁸⁸.

c) Después de referirse a los hijos menores, incluye la letra c) del artículo 17.1 a quienes siendo menores de 18 años o incapaces, se encuentran sometidos a la representación legal del reagrupante

Al tratarse de extranjeros, la minoría de edad e incapacidad se rige por la ley personal extranjera aplicable (artículo 9.1 CC), y también determinará esta ley a quiénes corresponde su representación legal. Por ello, además de los menores o incapaces sometidos a tutela u otras instituciones de protección, cuando la ley extranjera aplicable atribuya al reagrupante la representación legal del reagrupado, entrarían en este apartado algunos supuestos que no resultan subsumibles en el apartado relativo a los hijos⁸⁹, tales como los adoptados en forma simple en virtud de resolución extranjera.

Efectivamente, sería posible incluir a aquellos menores cuya adopción en el extranjero se considera que “no reúne los requisitos necesarios para producir efectos en España” (como en el caso de la adopción simple según dispone ahora el artículo 15.4 de la Ley de adopción internacional) cuando la ley nacional del adoptando, siguiendo lo dispuesto en el artículo 30.2 de la misma Ley, en concordancia con el artículo 9.4 del CC, atribuya *ex lege* la representación legal al adoptante, puesto que, aunque la adopción simple no rompe los vínculos con la familia biológica, sí crea una relación de patria potestad o equivalente, derivada del vínculo de filiación que origina.

Más dudas ha planteado en la práctica la *kafala* marroquí⁹⁰, por su asimilación al acogimiento del Derecho español⁹¹, otra cosa es que de acuerdo con la legislación marroquí se hubiera otorgado por el Juez la tutela a favor del *kafil* (acogedor) en cuyo caso sí tendría conforme a dicha ley la representación legal. La Sentencia del TSJ de Madrid de 23 de mayo de 2005, admite que una *kafala* constituida en Marruecos, atribuyendo a la tía del menor su cuidado al haber enviado el padre del menor, no puede encuadrarse en el supuesto contemplado en la letra b) del artículo 17 por no poder asimilarse a la adopción, pero sí considera que puede encuadrarse en el apartado c) que permite la reagrupación de los menores de 18 años cuando el residente extranjero sea su representante legal, “porque la recurrente ya lo es del menor reagrupable desde

(88) Citada por M. VARGAS URRUTIA: op. cit., 2006, p. 257.

(89) A favor de la extensión a las instituciones de guarda como la *kafala* vid. M. MOYA ESCUDERO: en VV. AA.: *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada 2001, p. 694.

(90) A título de ejemplo, STS de Justicia de Aragón de 21 de junio de 2005: el documento presentado no deja de ser un simple acogimiento (*kafala*) del menor, figura jurídica no equiparable con la tutela. A. LÓPEZ AZCONA: op. cit., pp. 224 y 225.

(91) Según doctrina de la DGRN, recogida en nota 78.

el acta de cargo conforme a su ley personal⁹². Sin embargo la Sentencia del mismo Tribunal de 16 de marzo de 2006 considera que no puede reconocerse la representación legal, a los efectos de aplicar el artículo 17.1.c), a través de una *kafala* constituida a favor de los tíos del menor “no tratándose en el presente caso de hijos de padres desconocidos que no consta que no la sigan ostentando los padres conforme a la legislación de Marruecos y de acuerdo con el Código Civil español”⁹³. En la misma línea la Sentencia del TSJ de la Rioja de 21 de febrero de 2005 niega que el actor tuviera la representación legal de su hermano en virtud de un “acta de constatación de tutela y custodia” dictada por el Tribunal de Instancia de Youssofia, por no considerarse una tutela dativa, sino un acogimiento legal (*kafala*) manteniendo los padres la tutela legal según el Código de Familia marroquí. En consecuencia “es insuficiente para acreditar el requisito exigido legalmente por el artículo 17.c) de la LO 4/2000 ser representante legal”⁹⁴.

En todo caso, habrá que estar a la ley extranjera conforme a la que se ha constituido la institución, por ser aplicable la ley nacional del menor o incapaz ex artículo 9.6 del CC a la tutela y demás instituciones de protección del incapaz⁹⁵, y para determinar si según ésta ha quedado atribuida o no al reagrupante la representación legal.

Ante las diferentes interpretaciones y alcance que se viene dando a la referida institución, la Dirección General de Inmigración dicta con fecha de 27 de septiembre de 2007 una segunda Instrucción sobre la *kafala*⁹⁶. Se considera que la *kafala* constituida por los padres biológicos del niño, y con independencia de la intervención de autoridad pública en la constitución o no, no es equivalente a la tutela dativa, por lo que no se deriva de ella la representación legal; sin embargo, si la *kafala* no se ha constituido por los padres biológicos del niño (por no estar determinados, ser huérfano, o declarado en abandono) y siempre que haya intervenido una Autoridad pública en el procedimiento, en orden a la protección del interés del menor, sí que se considerará equivalente a la tutela y se entenderá que atribuye la representación legal del menor, pudiendo tramitarse el visado de reagrupación familiar por la vía de la letra c) del artículo 17 LOEX.

La Ley de Adopción internacional se refiere en su artículo 34 a los efectos legales de las decisiones relativas a instituciones de protección, que no produzcan vínculos de filiación, acordadas por autoridades extranjeras, equiparándolas al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español. Para ello la institución extranjera de que se trata ha de ser equivalente, en cuanto a sus efectos sustanciales, a la institución española correspondiente (acogimiento o tutela) lo que lleva a analizar el contenido material de la institución en el De-

(92) JUR 2006/214863.

(93) JUR 2006/148921.

(94) JUR 2006/291265.

(95) Auto de la Audiencia provincial de Cádiz, Ceuta, de 27 de enero de 2006. JUR 2006/203663: nos encontramos con un elemento extranjero que impone la aplicación de la norma de conflicto del derecho recogida en el artículo 9.6 del mismo cuerpo legal, que recogiendo lo dispuesto en el Convenio de la Haya de 1961 establece que la tutela y demás instituciones protectoras de los menores se regirá por su ley nacional.

(96) DGI/SGRI/06/2007.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

recho extranjero. Además se controlará la competencia de la autoridad extranjera que ha acordado la medida de protección con arreglo a las normas de su propio ordenamiento, así como que se haya constituido conforme a la ley aplicable según las normas de conflicto del país de la propia autoridad extranjera. El documento en el que consta se somete a un control formal, consistente en la legalización o apostilla y traducción. Como límite último, el orden público internacional puede oponerse al reconocimiento de los efectos.

En cualquier caso, la Dirección General de Inmigración, mantiene una interpretación estricta en relación con la condición de representante legal, al exigir que haya sido adoptada en origen por Autoridad competente (preferentemente judicial), y reconocida en España, esto es, que reúna los requisitos para producir efectos en nuestro país, ordenado la denegación con base en las siguientes causas:

“1. Que el menor se encuentre bajo la patria potestad de sus progenitores biológicos o adoptivos, viviendo uno o ambos y no existiendo una declaración judicial de desamparo, 2. Que el menor se encuentre legalmente emancipado, 3. Que el reagrupante se encuentre privado o suspendido de la patria potestad respecto de sus propios hijos por resolución judicial, o de los derechos de guarda y educación o legalmente removido de una tutela, o cumpliendo una pena privativa de libertad o condenado por un delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la representación legal del menor, y 4. Que no disponga de medios de subsistencia suficientes o incumpla cualquier otro de los requisitos legales o reglamentarios para ejercer el derecho de reagrupación familiar.”

En cuanto a la inclusión de los *incapaces*, además de los *menores*, en el citado precepto, aclara la referida Instrucción, igualmente manteniendo una solución estricta en relación con los incapaces mayores de edad, que es preciso que exista, para que proceda su reagrupación familiar, una declaración judicial de incapacitación adoptada por Autoridad judicial competente y conforme al procedimiento legalmente establecido en el país de origen. Por tanto, ha de tratarse de incapacitados judicialmente.

d) Ascendientes

El último grupo de familiares que la letra d) del artículo 17.1 LOEX incluye en la reagrupación familiar, son *los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España*⁹⁷. El Reglamento añade en el apartado e) del artículo 39 que se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva.

La condición de “estar a cargo” se interpreta en la normativa española como un dependencia, exclusivamente económica, lo que excluye del derecho de reagrupación a los ascendientes, con

(97) En otras legislaciones la inclusión de los ascendientes no se contempla o resulta excepcional o muy limitada M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA: op. cit., 2006, p. 262.

medios económicos propios y autosuficientes en este sentido, aunque demuestren que en el país de origen vienen conviviendo con el reagrupante y su cónyuge, conformando un sólo núcleo familiar, lo que es usual en algunas culturas. Jurisprudencialmente, el criterio al que se atiende principalmente para autorizar o denegar la reagrupación, es precisamente la dependencia económica, lo que suele conllevar también una dependencia personal o afectiva que justifica la reagrupación, pero, a la que no se le da relevancia por sí sola⁹⁸.

Además de ser económicamente dependientes, han de justificarse “razones” para residir en España. Cuáles son esas razones pertenece al ámbito de la discrecionalidad administrativa, ya que no se concretan en la normativa⁹⁹. El no haber acreditado suficientemente la necesidad de autorizar la residencia en España de los ascendientes fue la causa por la que se desestimó el recurso del que conoció el TSJ de Madrid en la Sentencia de 13 de abril de 2007, en la que, curiosamente, el principio de protección a la familia fue la *ratio* de la respuesta denegatoria de la pretensión de los recurrentes de reagruparse con una de las hijas residente en España, (cito textualmente) “resultando la pretendida reagrupación familiar completamente contraria al principio de protección a la familia que consagra el artículo 39 de la Constitución española, porque significa la ruptura de la unidad familiar, siendo así que seis de los ocho hijos de los recurrentes residen en Marruecos”¹⁰⁰.

Tampoco se admiten como razones para justificar la reagrupación las condiciones socioculturales del país de origen. Muestra de ello es la Sentencia del TSJ de Navarra de 17 de febrero de 2005 en la que no se acogió la pretensión de la recurrente de que se reconociera por las autoridades españolas “las peculiaridades de su país, Marruecos, que exige que la madre sea atendida por la hija o hijas y no por los hijos, los cuales viven en Marruecos y a escasa distancia de la madre”, aduciendo el Tribunal que (cito textualmente) “estas razones no nos pueden venir dadas por las peculiaridades del país de origen del reagrupante y/o reagrupado, sino por las razones legales de la necesidad de la reagrupación, no encontrándose a ver cual sea la razón por la que en España (como muy bien indica la Magistrado *a Quo*) debamos plegarnos a las peculiaridades y a la idiosincrasia de otro país como es Marruecos. Así no nos podemos negar a reproducir el acertado argumento de la Sentencia de instancia cuando dice: en todo caso, y al hilo de lo que se afirma en el modelo para solicitar intervención del Servicio Social Internacional de la Cruz Roja, que obra en autos, de que los padres deben quedar al cuidado de las hijas, más que de los hijos, como indica la tradición del lugar, hay que señalar simplemente, que no se puede extrapolar una tradición local, del país de origen de la reagrupante, pues la solicitud se hace a la Autoridad administrativa española y ésta ha de aplicar la Ley española, es decir, la Ley de Extranjería y el Reglamento que la desarrolla, y conforme a esta normativa, no se ha de hacer distinciones entre los hijos varones y las hijas, por lo tanto, ningún reproche, se puede imputar a la Administración

(98) Vid. el análisis jurisprudencial realizado por A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: op. cit., 2005, pp. 38 y ss. A. QUIROS FONS: op. cit., pp. 275 y 276.

(99) A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez normativa vigente y futura”, *Revista de Derecho Migratorio y extranjería*, julio 2005, p. 37.

(100) JUR/2007/247816.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

actuante en este sentido, habiendo hijos varones con residencia en Marruecos, no hay razones suficientes para entender que la madre deba de ser reagrupada por un familiar residente legal en España¹⁰¹.

III. CONDICIÓN DE FAMILIAR DE CIUDADANO COMUNITARIO

Integrando el contenido de la ciudadanía europea, la libertad de circulación de personas en la Unión Europea es la base de la movilidad intracomunitaria de los nacionales de los Estados miembros¹⁰² y de sus familiares. El derecho del ciudadano comunitario a la libre circulación de personas se expresa en el artículo 18 del TCE en los siguientes términos:

“Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.”

Este concreto derecho, enunciado en el Tratado, ha sido objeto de un desarrollo global, que pone fin a una regulación parcial y sectorial, en la Directiva del Parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁰³.

En este texto normativo se afirma que “para que el derecho a circular y residir libremente pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad debe serle reconocido también a los miembros de la familia del ciudadano europeo, y ello *cualquiera que sea su nacionalidad*”. Con lo cual se produce una extensión del régimen comunitario a nacionales de terceros Estados que presenten determinados vínculos familiares con el nacional comunitario, y siempre *que le acompañen o se reúnan con él* (artículo 3 Dtva). Así por ejemplo, el cónyuge ecuatoriano de una de una persona de nacionalidad francesa, y por ende ciudadano europeo, tiene derecho a establecerse en España con su cónyuge francés, que reside o va a residir en España en ejercicio de su derecho a la libre circulación.

Los vínculos familiares que fundamentan ese derecho como miembro de la familia del nacional comunitario son los siguientes: cónyuge, pareja registrada en virtud de la legislación de un Estado miembro, descendientes directos menores de 21 años o a cargo, ascendientes directos a cargo

(101) JUR 2005/101088. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: op.cit., 2005, p. 42.

(102) La nacionalidad de un Estado miembro es el presupuesto de la condición de ciudadano, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 TCE. Vid. E. CRESPO NAVARRO: “La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al Derecho nacional y al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, 2007, pp. 883-912.

(103) DOCE L 158, de 30 de abril de 2004. Sobre la Directiva vid. M.D. BLÁZQUEZ PEINADO: “El derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la directiva 2004/38 de 29 de abril”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea* núm. 233, noviembre 2004, pp. 18 y ss.

(artículo 2.2 “miembros de la familia”)¹⁰⁴. Además, con base en el principio de unidad de la familia, en sentido amplio, se insta a los Estados miembros para que, sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación, faciliten, conforme a la legislación nacional, la entrada de otros familiares distintos, que estén a cargo o vivan con el ciudadano de la Unión, o que por motivos graves de salud se encuentren al cuidado personal del ciudadano comunitario, así como a la pareja que mantenga con él una relación estable debidamente probada (artículo 3.2).

La obligada incorporación de esta Directiva en el ordenamiento español se tradujo en el RD 240/2007, de 16 de febrero¹⁰⁵ sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea¹⁰⁶ y de otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo (en adelante RD), que se extiende también a los nacionales suizos en virtud del Acuerdo entre la CE y Suiza sobre libre circulación de personas¹⁰⁷.

En su Preámbulo se reconoce que el derecho a la reagrupación familiar “es inherente al ciudadano de un Estado miembro asociado necesariamente al ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia en el territorio de otros Estados miembros”, por tanto, los beneficiarios del RD son los ciudadanos, titulares del derecho de libre circulación en razón de su nacionalidad¹⁰⁸, que se desplazan a España, y los miembros de su familia, “cuando le acompañen o se reúnan con él”, con independencia de su nacionalidad, a los que se extiende el mismo derecho¹⁰⁹. Ello ha llevado, como novedad en este RD respecto al RD 178/2003 que deroga, a diferenciar el régimen aplicable a la condición de los familiares de los propios ciudadanos españoles, al no residir es-

(104) “Miembros de la familia”: a) el cónyuge, b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b).

(105) BOE, núm. 51 de 28 de febrero de 2007. Sobre el mismo vid. el estudio de M.D. BLÁZQUEZ PEINADO: “La transposición en el derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 27, 2007, pp. 595-621. P. AGUELO NAVARRO Y A.G. CHUECA SANCHO: “Notas urgentes sobre el RD 240/2007, de 16 de febrero. Entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos comunitarios y sus familias”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 14, 2007, pp. 243-254.

(106) Para los nacionales de Bulgaria y Rumania, en España se ha fijado, con carácter previo a la efectividad plena de libre circulación de trabajadores asalariados de los países citados, un periodo transitorio de dos años, contados a partir del 1 de enero de 2007. Vid. www.mir.es.

(107) Vid. disposición adicional tercera.

(108) La ciudadanía de la Unión europea es una condición derivada de la nacionalidad de un Estado miembro como expresa el TCE en su artículo 17.1, por eso no es correcta la expresión de ciudadanos de los Estados miembros que se utiliza en el RD; vid. al respecto P. AGUELO NAVARRO Y A.G. CHUECA SANCHO: op. cit., p. 244.

(109) R. ARENAS GARCÍA: op. cit., p. 273: Esta extensión es consecuente con la importancia que asume la familia en el individuo, de tal forma que si no se extendiera a tales parientes próximos los beneficios de los que gozan los ciudadanos comunitarios se correría el riesgo de que la imposibilidad de llevar consigo a tales parientes supusiera una limitación indirecta del derecho a la libre circulación reconocido por el Derecho comunitario.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

tos en España en el ejercicio del referido derecho de libre circulación, que será objeto de análisis en el apartado IV del presente estudio.

Los familiares que, con independencia de su nacionalidad¹¹⁰, se incluyen en el RD a los efectos anteriormente expuestos, y a los que el artículo 3.1 reconoce el derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, son los siguientes (artículo 2):

A) El cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal

No parecen muy acertadas las referencias que hace la norma a las causas de disolución del matrimonio, por nulidad o divorcio, en cuanto resultan innecesarias, pues si ha recaído declaración de nulidad o divorcio ya no se ostenta la condición de cónyuge y por tanto no se le puede considerar al interesado incluido en tal concepto, a los efectos de la delimitación del ámbito personal del RD. Cuestión distinta es la regulación que la propia normativa establece, en su artículo 9.4, sobre la conservación del derecho de residencia en los supuestos de nulidad, divorcio o separación legal. Por otra parte, resulta cuando menos discutible la condición relativa a la separación legal¹¹¹, no contemplada en la Directiva que no establece limitaciones añadidas al estatus de cónyuge, y éste existe mientras el matrimonio no haya sido disuelto.

En las Instrucciones sobre la aplicación práctica del RD dictadas por la Dirección General de Inmigración¹¹², se indica que el termino cónyuge *será interpretado, obviamente, referido a un único cónyuge y sin diferenciar entre matrimonios entre personas de diferente o del mismo sexo*. Se recuerda en dichas Instrucciones que el matrimonio homosexual es válido en España y otros Estados miembros como Bélgica y Holanda, y que para apreciar la validez de su celebración se hace excepción de la regla de la aplicación de la ley personal extranjera que no lo permite o conoce, con cita expresa de la Resolución – Circular de 29 de julio de 2005 de la DGRN¹¹³.

Las mismas Instrucciones establecen la exigencia de aportar un *documento acreditativo de la validez del vínculo matrimonial, documento que posibilita que el vínculo conyugal alegado produzca plenos efectos civiles de conformidad con la legislación española*. En el Derecho español la plena eficacia civil se produce a partir de la inscripción en el Registro Civil español, que procederá en el caso de que el matrimonio entre extranjeros se hubiera celebrado en España (artículo 15 LRC), pero, en muchos casos, el matrimonio de extranjeros (celebrado entre el cónyuge comunitario y el cónyuge extracomunitario que le acompaña), se habrá celebrado también en

(110) Si los familiares son ciudadanos comunitarios son por sí mismos titulares del derecho de libre circulación, por ello la enumeración que realiza el artículo 2 interesa especialmente cuando se trata de nacionales de terceros países que, en razón de ese vínculo familiar, entran en el ámbito personal del RD.

(111) A. QUIROS FONS: op. cit., pp. 370 a 372. En relación con el RD 178/2003 y la exclusión del cónyuge separado de derecho, R. ARENAS GARCÍA: op. cit., p. 280.

(112) DGI/SGRI/03/2007 (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

(113) Vid. doctrina citada en nota 31.

el extranjero y, por lo tanto, no accederá al Registro Civil. Su validez y eficacia, como se ha indicado anteriormente, depende de la ley extranjera aplicable, en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado español. El problema que se plantea en España, para determinar la condición de cónyuge, es de acreditación y prueba documental, debiendo ser aceptados los documentos constituidos de acuerdo con el ordenamiento del que deriva la validez de la celebración del matrimonio¹¹⁴ y siempre que reúnan los requisitos formales exigidos a los documentos públicos extranjeros a efectos de prueba.

B) Pareja registrada

Siguiendo la Directiva (2004) el vigente RD incluye a la pareja del ciudadano comunitario en su ámbito de aplicación personal y exige para ello, *que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a estos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción.*

El Dictamen del Consejo de Estado, emitido sobre el proyecto de RD¹¹⁵, ya advirtió de las disfunciones que podrían derivarse de la ausencia en España de una regulación estatal de las parejas de hecho¹¹⁶, de la falta de uniformidad en cuanto a los derechos que se derivan de la existencia de diferentes legislaciones y registros autonómicos, y de la multiplicidad de registros. Y ello, porque la propia Directiva (2004) exige que se haya celebrado dicha unión de pareja conforme a la legislación de un Estado miembro y que la legislación del Estado miembro de acogida otorgue a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios. De aquí que la DGI advirtiera en las Instrucciones dictadas sobre la aplicación del RD, que los diferentes Registros de parejas estables existentes en diversas Comunidades Autónomas o Ayuntamientos no serán válidos a estos efectos por el momento en tanto no cumplan las condiciones señaladas. Según dichas Instrucciones, únicamente cumplían las condiciones exigidas, los Registros de pareja de Alemania, Francia, Reino Unido, Chequia, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Luxemburgo y Suecia, con independencia de los que pudieran establecerse en el futuro en los Estados miembros.

Como se establece en la propia Directiva, los Estados miembros deben facilitar la entrada y residencia de la pareja estable no inscrita, a lo que da respuesta el RD en su disposición final tercera, que introduce en el Reglamento de la LOEX una disposición adicional decimonovena. En ella se ordena facilitar la obtención del visado de residencia o en su caso de una autorización

(114) P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS: op. cit., p. 246. M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA: op. cit., pp. 223 y 224. R. ARENAS GARCÍA: op. cit., p. 278. Vid. ya tratado este problema en relación con el régimen general de reagrupación familiar en el apartado II.3.a) del presente estudio.

(115) Dictamen del Consejo de Estado de 2 de noviembre de 2006 sobre el Proyecto de Real Decreto. Referencia 1829/2006: "Esta regulación ha sido objeto, a lo largo del expediente, de diversas críticas, no tanto por la inclusión de tales parejas en el ámbito de aplicación, cuanto por la inexistencia en nuestro ordenamiento de un único instrumento jurídico que garantice la igualdad de estas uniones registradas en el conjunto del territorio español. En concreto se ha criticado la inexistencia en nuestro Derecho de un instrumento normativo de carácter general que establezca uniformes requisitos y consecuencias para dichas parejas en el conjunto del Estado".

(116) R. ARENAS GARCÍA: op. cit., p. 276.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

de residencia por razones excepcionales, de acuerdo con el régimen general, a la pareja con la que el ciudadano de la Unión Europea mantenga una relación estable debidamente probada.

C) Descendientes

En el apartado *descendientes* incluye el citado RD a los *descendientes directos* del nacional comunitario y a los de su cónyuge o pareja, *que sean menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o de incapaces*. Pueden observarse las diferencias con el régimen general en cuanto al límite de edad (veintiuno *versus* dieciocho), y la inclusión (además de los incapaces) de los mayores que se encuentren a su cargo. Señala el Dictamen del Consejo de Estado al respecto que es la situación de dependencia financiera, e incluso en ocasiones física, lo que justifica en este último caso su inclusión.

La condición de “vivir a cargo” no ha de interpretarse en los términos de la calificación que de este concepto hace el artículo 39.e) de la LOEX, como ya se ha indicado anteriormente en relación con el régimen general. La DGI, en las Instrucciones relativas al RD, recuerda la jurisprudencia comunitaria, de la que se deriva que “la calidad de miembro de la familia «a cargo» resulta de una situación de hecho, tratándose de un miembro de la familia cuyo mantenimiento viene asegurado por el ciudadano comunitario, sin que sea necesario determinar las razones del recurso a ese mantenimiento ni preguntarse si el familiar está en condiciones o no de asumir por sí mismo sus sostenimiento”. Por ello, se concluye que la prueba debe tener carácter abierto, y que cabe cualquier medio de prueba admitido en derecho de que los medios de vida del solicitante proceden, principal o exclusivamente, de su familiar, si bien deben arrojar resultados de carácter objetivable, dándose preferencia a medios de prueba documentales y, si es posible, emitidos por Autoridades Públicas.

No se encuentran incluidos, entre los miembros de la familia, otros menores o incapacitados sujetos a la representación legal o tutela de ciudadano comunitario, si bien el Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de RD sugirió que se incluyera, bien en el articulado o en una disposición adicional del proyecto, alguna previsión relativa a los incapacitados, como lo hacía el derogado RD 178/2003 anterior, en aras del principio de unidad de la familia e interés superior del menor o en su caso del incapaz. El RD no da cobertura adecuada a este supuesto, en cuanto que la disposición final tercera que modifica el Reglamento LOEX, introduciendo una disposición adicional decimonovena, a efectos de facilitar la entrada y permanencia en España a otros miembros de la familia no incluidos en el ámbito personal del RD, se refiere solo a familiares con parentesco hasta segundo grado, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad ... cuando por motivos graves de salud o discapacidad sea estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal. Por ello, sólo queda aplicar en este caso el régimen general de extranjería, en particular la previsión al respecto de la letra c) del artículo 17.1 LOEX para conseguir la reagrupación¹¹⁷.

(117) Así lo soluciona la DGI en la Instrucción DGI/SGRI/O6/2007, sobre la *kafala*: En el supuesto en que el representante legal sea ciudadano español o residente comunitario pero no fuera aplicable el régimen previsto en el Real Decreto 240/2007, por no estar incluido el menor nacional de un tercer país sujeto a tutela de un ciudadano comunitario, será de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000.

D) Ascendientes directos del ciudadano comunitario y de su cónyuge o pareja que vivan a su cargo

A la condición de que los ascendientes directos vivan a cargo del regarupante, le es aplicable la interpretación que se acaba de recoger en relación con los descendientes mayores de veintiún años a cargo del ciudadano comunitario, cónyuge o pareja, lo que les diferencia del régimen general, aparte de que no existe la necesidad de justificar las razones de autorizar su residencia en España, lo que de por sí supone un importante obstáculo a la reagrupación en el régimen general, como se ha puesto de relieve en el apartado correspondiente.

La norma analizada, sólo permite contemplar el supuesto del ascendiente que se encuentra a cargo del ciudadano comunitario cónyuge o pareja, sin que dé respuesta al supuesto inverso, esto es, que quien ejerce la libertad de circulación (ciudadano comunitario) se encuentre a cargo de su ascendiente extracomunitario. No hay que olvidar, a este respecto, las implicaciones que se derivan de la ciudadanía europea y en particular del propio artículo 18 del TCE, que permitieron al TJCE, en su Sentencia de 19 de junio de 2004¹¹⁸, formular las consideraciones que por su interés y repercusión en la práctica se recogen textualmente:

“44. En un caso como el del asunto principal, se presenta precisamente la situación inversa, ya que el titular del derecho de residencia está a cargo del nacional del Estado tercero que se ocupa de su cuidado efectivo y que desea acompañarlo. En este contexto, la Sra. Chen no puede invocar la condición de ascendiente «a cargo» de Catherine, en el sentido de la Directiva 90/364, con el fin de disfrutar de un derecho de residencia en el Reino Unido.

45. En cambio, la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño al que el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 reconocen un derecho de residencia, resida con el niño en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último. En efecto, es evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste (véase, *mutatis mutandis*, en relación con el artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68, la Sentencia Baumbast y R., antes citada, apartados 71 a 75).

46. Sólo por esta razón, procede responder que cuando, como sucede en el asunto principal, el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 confieren un derecho de residencia por tiempo indefinido en el Estado miembro de acogida a un menor de edad nacional de otro Estado miembro, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida.”

Esta jurisprudencia fundamentó directamente en el ordenamiento jurídico comunitario el derecho de una madre, nacional china, que tenía a su cargo una hija menor de nacionalidad irlandesa, a residir con su hija en Reino Unido, siendo que la hija, como ciudadana comunitaria, tenía derecho residir en otro Estado miembro en aras del ejercicio del derecho de libre circulación. Ello debería suponer una extensión de los supuestos contemplados en la Directiva y el RD, que permitiera a los ascendientes no comunitarios que tienen “a su cargo” a un hijo nacional

(118) As. C-200/02.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

comunitario, desplazarse con él a otro Estado miembro, siendo éste el titular del derecho de libre circulación de personas.

Lo que sí está previsto, tanto en la Directiva [artículo 3.2.a)] como el RD (DF 3.^a) es facilitar la entrada y residencia de familiares, no contemplados en las categorías ya citadas, y que en el país de procedencia estén a cargo o vivan con el ciudadano comunitario. Pero dicha disposición final tercera lleva la situación de estas personas al régimen general, a través de la introducción de la disposición adicional decimonovena del Reglamento LOEX, cuando el propio TJCE ha reconocido que se trata de un derecho que tiene su base en el propio artículo 18 del TCE.

IV. CONDICIÓN DEL FAMILIAR EXTRANJERO DE ESPAÑOL

El último apartado del presente estudio lleva a analizar y poner de relieve las principales novedades que el RD (2007) ha supuesto en el régimen aplicable a la entrada y residencia en España de los familiares extranjeros de los nacionales españoles, que a su vez son ciudadanos de la Unión Europea. Cuando el familiar del español es nacional de un Estado miembro de la Unión europea o del Espacio Económico Europeo o de Suiza es ya de por sí titular del derecho a residir en España y se encuentra incluido en el ámbito personal del RD, pero éste no es el caso cuando se trata de nacionales de terceros Estados que son familiares de españoles. Frente a la anterior regulación (RD 178/2003), el vigente RD regula la condición de extranjería de los familiares de españoles como un estatus diferenciado, situado entre el régimen comunitario y el general, perjudicando la situación anterior, en la que quedaban incluidos en su ámbito de aplicación los familiares de los “ciudadanos de la Unión Europea y de los españoles”.

El motivo por el que son excluidos del ámbito personal del vigente RD, es que el derecho de residencia de los familiares de los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados se encuentra asociado al ejercicio del derecho a la libertad de circulación¹¹⁹, y por tanto va dirigido a quienes residen en España en el ejercicio de tal derecho, lo que de por sí excluye a los nacionales españoles que quieren reagrupar a sus familiares para que vivan con ellos en España. El nacional español es titular del derecho de libre circulación, como ciudadano comunitario, pero si reside en España no se encuentra en el ejercicio de tal derecho.

Ello no hubiera impedido que por obra de la propia normativa interna española se extendiera a los familiares de los españoles el régimen aplicable a los de los demás ciudadanos comunitarios que viven en España, incluyéndolos directamente en el ámbito del RD, como sugirió el Dictamen del Consejo de Estado. Pero la articulación jurídica de este régimen ha sido otra; los familiares extracomunitarios de españoles no están incluidos en el ámbito del RD, su situación jurídica ha quedado establecida en el régimen general de extranjería, a través de la modificación que en el mismo ha operado la disposición final tercera del RD, que añade al Reglamento de la LOEX una disposición adicional vigésima con el siguiente título: *normativa aplicable a los miembros de la*

(119) Vid. Preámbulo del RD 240/2007.

familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Una vez llevada la situación al régimen general, la citada disposición adicional vigésima del Reglamento declara aplicable a los familiares de españoles el régimen del RD, utilizando las mismas categorías en la consideración de los miembros de la familia, con la salvedad de los ascendientes respecto a los que establece un régimen diferenciado¹²⁰ que ya, en el Dictamen del Consejo de Estado, se consideraba carente de justificación¹²¹ y sobre el que, desde la práctica, se ha cuestionado su legalidad¹²².

Así, solo se extiende el régimen aplicable a los ascendientes de los demás ciudadanos comunitarios, a los ascendientes de nacional español y su cónyuge (no se incluye en este apartado la pareja registrada) que vivan a su cargo, si fueran ya titulares de una tarjeta de familiar comunitario en vigor o susceptible de ser renovada, obtenida al amparo del anterior RD (178/2003), antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo RD (2 de abril de 2007). A quienes no estuvieren en dicha situación, se les aplicará el régimen general de la reagrupación familiar, quedando los ascendientes directos de ciudadano español o de su cónyuge, en peor situación que el ascendiente del nacional comunitario que ejerce la libre circulación en España. Aquellos no tienen reconocido su derecho de entrada y residencia en España, siendo tratados normativamente como un supuesto de reagrupación familiar del régimen general, en el que la condición de estar a cargo del español tendrá que acreditarse de acuerdo con las previsiones del Reglamento LOEX, así como las razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia. Lo injustificado de esta situación que afecta a la vida familiar de los españoles, y en particular de los españoles naturalizados con padres extranjeros, aconseja su revisión y modificación normativa.

La jurisprudencia del TJCE sentada en el caso *Chen*, antes expuesto en relación con los ciudadanos comunitarios, es seguida en la práctica judicial española en beneficio de los ascendientes de menores de nacionalidad española, a los que se viene autorizando su residencia en España. La Sentencia del TSJ del País Vasco de 10 de marzo de 2006 reproduce la fundamentación de la sentencia del TJCE para reconocer la tarjeta de familiar de residente comunitario a la madre, nacional rumana, de un hijo menor de edad que ostenta la nacionalidad española. Con base a dicha fundamentación considera el supuesto de hecho subsumible en el apartado (c) del artículo 2 del entonces en vigor RD 178/2003, que incluía a los ascendientes de los españoles. Esta

(120) Calificándolo como discriminación inversa vid. S. IGLESIAS SÁNCHEZ: “Dos cuestiones suscitadas por la transposición española de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: El régimen aplicable a los ascendientes de españoles y la extensión a las parejas registradas del concepto de miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, 2007, pp. 913-939.

(121) El Consejo de Estado se expresaba en los siguientes términos “Esta diferencia de régimen jurídico, de mayor rigor para los ciudadanos españoles, implica una situación menos favorable para éstos respecto de los comunitarios y nacionales en otros estados parte en Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que carece de justificación”.

(122) Vid las referencias realizadas por la Sentencia Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Huesca de 7 de diciembre de 2007.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

solución ha sido seguida en otras decisiones judiciales¹²³. El mismo TSJ del País Vasco se ocupa de un supuesto de características similares, aunque no idéntico en cuanto a su planteamiento, en su Sentencia de 19 de abril de 2007, respecto a la solicitud de residencia de una nacional ecuatoriana, madre de una niña española, en la que se vuelve a reproducir como argumento la jurisprudencia *Chen* del TJCE, para conceder la autorización de residencia, aunque por razones excepcionales conforme al régimen general, dando así respuesta a la pretensión de la actora.

Respecto a los demás miembros de la familia no hay diferencias significativas en el tratamiento jurídico del régimen de los familiares de españoles y el de los demás ciudadanos comunitarios. En primer lugar, se incluye al cónyuge, siempre que el matrimonio no hubiera sido disuelto o separado legalmente. Para la Administración la condición de cónyuge de español se acredita con la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, pues es cuando se produce el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio, aunque éstos tengan lugar desde su celebración (artículo 61 del CC). Precisamente por esto último, en algunas decisiones judiciales se ha sostenido que la condición de cónyuge, en cuanto derivada de la validez del matrimonio, no puede ser negada, a los efectos pretendidos, siempre que el matrimonio haya sido celebrado válidamente, aunque no haya sido inscrito¹²⁴. Afirma, no obstante, la DGI, en sus Instrucciones sobre la aplicación del RD, que mientras dicha inscripción no se produzca no es posible para el cónyuge de ciudadano español acogerse al citado RD y que si el matrimonio de español no ha sido aún reconocido por las Autoridades españolas competentes y no se ha producido su oportuna inscripción en el Registro Civil, no podrán atribuirse a dicho vínculo efectos en el ámbito civil español, no pudiendo dicho cónyuge acogerse al RD 240/2007.

La necesaria inscripción en el Registro Civil es la vía para el reconocimiento de los matrimonios de españoles o de español y extranjero, celebrados ante autoridad extranjera. Éstos son objeto de inscripción cuando al menos uno de los cónyuges es español, pero también cuando aun siendo los dos extranjeros en el momento de la celebración, alguno se naturaliza español con

(123) Sentencia 130/2007 del Juzgado de lo Contencioso administrativo núm. 1 de Alicante de 4 de abril de 2007; Sentencia 197/2007 del Juzgado de lo Contencioso administrativo núm. 3 de Alicante de 3 de mayo de 2007.

(124) La Sentencia del TSJ Andalucía (Sala de lo Contencioso) 17 de junio de 2005 (JUR 2007/50468), en relación con la reagrupación familiar de cónyuge de español conforme a la anterior normativa, afirma que “la falta de inscripción del matrimonio no impide la admisión de su prueba extrarregistral. Por lo demás, es claro que la falta de inscripción del matrimonio sólo puede ser invocado por terceros de buena fe, no puede llevar la gravísima consecuencia de estimar que los cónyuges no están casados. La inscripción sólo es necesaria para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio, pero éstos se producen desde su celebración. Cuando se habla de pleno reconocimiento de efectos civiles se quiere significar que el matrimonio no inscrito no puede perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas. Para la Administración salvo que niegue la autenticidad de los documentos aportados el matrimonio de los interesados es una realidad ante la que no puede cerrar los ojos y uno de los efectos de su celebración es precisamente que los cónyuges tienen que ser considerado como tales...”. En el mismo sentido S. Juzgado de lo Contencioso Administrativo de La Coruña de 30 de junio de 2006 (JUR/299394) sobre el derecho de residencia de ciudadana argentina casada con español, acreditada con certificación de matrimonio argentina debidamente apostillada...” la tesis de la Administración no puede compartirse. El matrimonio celebrado por la recurrente y el ciudadano español es válido... y en este sentido la recurrente ostenta los derechos que tal condición de cónyuge de ciudadano español le otorga para la residencia en España... En conclusión a efectos de la solicitud de tarjeta familiar de residente comunitario, no se le podía exigir el cumplimiento del requisito de la inscripción en el Registro Civil y por tanto no es conforme a Derecho”.

posterioridad¹²⁵. La inscripción se practicará normalmente mediante certificación expedida por autoridad extranjera, y corresponde al encargado del Registro controlar la realidad del hecho y la legalidad del matrimonio conforme al ordenamiento español (artículos 65 CC y 256 y 257 RRC). La DGRN, en la Instrucción de 31 de enero de 2006, atribuye a este trámite un alcance muy extenso para evitar los efectos de los matrimonios de complacencia celebrados ante autoridad extranjera. A través del control registral *a posteriori* se quiere garantizar que accedan sólo al Registro Civil actos válidos y eficaces y se entiende incluido en dicho control, “la verificación de la capacidad nupcial de los contrayentes, la existencia y validez del consentimiento matrimonial prestado ante autoridad extranjera y de la forma de celebración del matrimonio con arreglo a la ley española o extranjera, que resulte aplicable a dichos extremos conforme a las normas de conflicto españolas”¹²⁶.

También se considera, a los efectos pretendidos, miembro de la familia del español, a la pareja registrada, con las mismas condiciones en cuanto al Registro, ya comentadas en relación con los ciudadanos comunitarios incluidos en el ámbito de aplicación del RD, esto es, que se trate de una relación análoga a la conyugal y que se encuentre inscrita en un registro público establecido a estos efectos en un Estado miembro que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado. En los supuestos a los que la norma va dirigida, tratándose de pareja de español y extranjero extracomunitario inscrita o registrada, ya se haya practicado la inscripción en el país de origen del extranjero o, en España, uno de los registros autonómicos españoles, parece que el cumplimiento de los requisitos exigidos, ante la compleja, plural y diversa situación legislativa española existente, por el momento, sobre las parejas, va a limitar en la práctica esta posibilidad de reagrupación que, por otra parte, no está contemplada por ahora en el régimen general¹²⁷.

Se incluyen asimismo los descendientes directos del ciudadano español, cónyuge o pareja registrada, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo o incapaces, con lo que se da el mismo tratamiento a los descendientes de españoles que a los de los demás ciudadanos comunitarios, mejorando su situación respecto a los extranjeros sometidos al régimen general de la reagrupación familiar. Sin embargo la no inclusión en el RD de otros menores o incapacitados de los que se ostenta la representación legal vuelve a plantear la misma falta de respuesta en relación con los sometidos a la representación legal de españoles, que tendrá que derivarse del régimen general¹²⁸.

También hay que recordar que los vínculos familiares con españoles, al margen de los beneficios y derechos que puedan hacer surgir en el ámbito de la extranjería, tienen relevancia di-

(125) P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS: op. cit., pp. 218 y 219.

(126) Sobre las normas de Derecho Internacional Privado aplicables a la celebración del matrimonio vid apartado II.C.)a) de este estudio.

(127) Vid. crítica de esta situación S. IGLESIAS SÁNCHEZ: op. cit., 2007, pp. 925 y ss.

(128) Vid. nota 117.

Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia

II

recta en la adquisición de la nacionalidad española¹²⁹. Así ocurre con el cónyuge de español o española, que sólo necesita un año de residencia en España y llevar un año casado para solicitar la nacionalidad, así como el viudo o viuda de español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho [artículo 22.2.d) y e) CC]. Por su parte, los hijos de españoles naturalizados, que no sean españoles por *ius sanguinis* por haber nacido antes de que tuviera lugar la naturalización de su progenitor, tienen reconocido un derecho de opción a la nacionalidad por estar o haber estado sujetos a la patria potestad de un español [artículo 20.1.a) CC]. Los menores extranjeros adoptados por españoles adquieren la nacionalidad española de origen y si son mayores de dieciocho años pueden optar por ella en las condiciones expresadas en el artículo 19 del Código Civil. Además, tiene también relevancia, en este ámbito del derecho de la nacionalidad, el haber estado o estar sometido a tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano español durante dos años consecutivos, pues basta un año de residencia en España para solicitar por esta vía la nacionalidad española [artículo 22.2.c) CC].

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las posibilidades que un extranjero tiene, en el ordenamiento español, de entrar y residir en España, para que se haga efectivo su derecho a la vida familiar, reconocido en los Tratados internacionales y en la Constitución española, no goza de una respuesta uniforme, dada la existencia de regímenes jurídicos diferenciados en función de la nacionalidad del familiar residente en España y del que pretende venir a vivir con él.

Cuando el residente en España es un ciudadano extranjero, nacional de un tercer Estado (por no pertenecer a los Estados miembros de la Unión Europea o a los que el régimen comunitario se extiende), la posibilidad de sus familiares, también extranjeros, de reunirse con él deriva del derecho de reagrupación familiar que la LOEX otorga a los extranjeros residentes en España (reagrupantes), a no ser que el miembro de la familia al que se pretenda reagrupar sea ciudadano de la Unión Europea pues, en tal caso, él mismo sería titular del derecho de residencia en España (RD).

Efectivamente, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea disfrutan del derecho de libre circulación, como atributo de su propia ciudadanía europea, y por ello, el RD reconoce y articula ese derecho a entrar y residir en España, que para que sea verdaderamente efectivo, se extiende a los miembros de la familia, con independencia de la nacionalidad que ostenten, esto es, aunque tengan la nacionalidad de un tercer Estado. De no ser así, el derecho de libre circulación se vería seriamente obstaculizado puesto que tropezaría con la dificultad de ejercitar el derecho a la vida familiar.

(129) La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, (BOE 310, de 27 de diciembre) en su disposición adicional séptima establece el derecho de opción a la nacionalidad española de origen en favor de las personas cuyo padre o madre hubiese sido originalmente español, así como a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.

La situación es distinta a las anteriores cuando se trata de familiares extranjeros de nacionales españoles, que además ha resultado modificada por el citado RD, al haber quedado situada en el régimen general, desde el que se declara aplicable el régimen del RD a determinados familiares, pero del que se excluyen los ascendientes a los que se aplica el régimen de la reagrupación.

En cualquier caso, los vínculos familiares son el fundamento de unos u otros derechos y es en su determinación, donde se manifiesta el modelo de familia al que va dirigido el derecho de reagrupación o reunificación familiar. Sin embargo, las diferentes concepciones de matrimonio y familia que imperan en otros sistemas jurídicos hacen acto de presencia al conectarse con el Derecho de extranjería. Y es que la relación familiar internacional, con los elementos de extranjería que presenta por tratarse de personas extranjeras, aparece como cuestión previa al ejercicio del derecho de reagrupación o a vivir en familia; de modo que para que este último surja realmente, ha de existir una relación familiar válida y reconocida para el Derecho español. Es ahí donde el Derecho Internacional Privado español entra en escena, con sus normas de conflicto de leyes, dando entrada, en muchas ocasiones obligada, al Derecho extranjero conforme al cual dicha relación se ha constituido por ser la ley personal de las personas implicadas en ella. El respeto al Derecho extranjero, la continuidad de las situaciones jurídicas válidamente constituidas de acuerdo con su ordenamiento rector extranjero, son principios clásicos del Derecho Internacional Privado, que sólo encuentran su límite último en la acción del orden público internacional, en tanto que mecanismo protector de los derechos y valores fundamentales que imperan en el Ordenamiento español y que se consideran estructurales en la multicultural sociedad española de nuestros días.

RICARDO RUEDA VALDIVIA

Profesor Titular de Derecho internacional privado
de la Universidad de Granada
(rrueda@vgr.es)

III

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería*

RESUMEN

MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DERECHO DE EXTRANJERÍA

La difícil situación de la mujer víctima de violencia de género se ve agravada, en el caso de la mujer extranjera, por el temor a que su situación administrativa en España se pueda ver afectada como consecuencia de la denuncia de los hechos, de la solicitud de una orden judicial de protección o del final de su relación, matrimonial o de pareja, con el maltratador, lo cual, lamentablemente, en no pocas ocasiones acaba llevándola a guardar silencio. Pero dicho temor la mayoría de las veces resulta infundado. Y ello por cuanto el legislador español arbitra un conjunto de vías tanto para garantizar la permanencia de nuestro país de aquellas mujeres extranjeras que, en el momento de sufrir los actos de violencia, se hallan en España en situación regular, como para hacer posible la regularización de aquellas otras que, al tiempo de padecer la violencia de género, se encuentran en situación irregular. Un adecuado conocimiento de tales vías resulta fundamental para convencer a las víctimas extranjeras de la violencia de género de la necesidad de denunciar y de recabar la protección de las autoridades españolas.

(*) Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Excelencia SEJ 820 “Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza”, subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía. En su elaboración han resultado de inestimable valor las observaciones efectuadas por J.M. Puerta Vilchez, Jefe de Servicio de la Unidad de Extranjería de la Subdelegación del Gobierno de Granada, C. Cueto Moreno, Magistrada-Jueza del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Granada, S. Vega Torre, Fiscal-Coordinadora de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de Granada, L.M.³ Gutiérrez Fernández, Jefa de Servicio y Coordinación del Centro Provincial del Instituto Andaluz de la Mujer de Granada, así como por I. García Zafra y M.³ del Mar Daza Bonachela, Juristas del Servicio de Atención a las Víctimas de Andalucía de Granada.

ABSTRACT

IMMIGRANT WOMEN AND GENDER-BASED VIOLENCE IN SPANISH IMMIGRATION LAW

The unfortunate circumstances of women suffering from gender-based violence can be aggravated in the case of immigrant women, as they fear that their administrative situation in Spain can be changed as a result of different processes, such as complaining, protection order application or their marriage or couple breakdown. All these situations normally lead them to suffer in silence. This fear, however, is groundless in the majority of cases, since the Spanish immigration law provides immigrant battered women with different legal means that can guarantee their stay on Spanish soil, whether they are legal resident aliens or not. Detailed knowledge of such legal means is paramount for immigrant battered women in order to be convinced about the need to complain as well as to seek appropriate and effective protection from Spanish authorities.

SUMARIO

I. Introducción.

II. La mujer extranjera en España: pluralidad de regímenes y diversidad de situaciones. A) Regímenes. B) Situaciones. a) Mujer extranjera bajo régimen comunitario o de asilada o apátrida. b) Mujer extranjera bajo régimen general de extranjería.

III. “Estabilización” en España de la mujer extranjera víctima de violencia de género. A) La orden de protección y su papel en el sistema de “estabilización” de la mujer extranjera víctima de violencia de género. B) Análisis de las diferentes “vías de estabilización”. a) Mujer extranjera en situación regular “dependiente” del agresor. b) Mujer extranjera en situación regular “independiente” del agresor. c) Mujer extranjera en situación irregular.

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

I. INTRODUCCIÓN

La violencia de género es una lacra social que no conoce de nacionalidades. Así se aprecia claramente en la sociedad española actual, una sociedad que, como consecuencia de la fuerte presión migratoria vivida en los últimos años, presenta un marcado carácter multicultural, y donde la violencia machista afecta por igual a mujeres españolas y extranjeras, siendo además ejercida indistintamente por ciudadanos españoles y extranjeros. Según estadísticas del Instituto de la Mujer correspondientes al año 2007¹, del total de 63.347 denuncias presentadas por malos tratos producidos por la pareja o ex pareja, 21.083 lo fueron por mujeres extranjeras. Y del total de 10.902 hombres condenados por delito o falta por violencia sobre su pareja o ex pareja, 1.845 fueron hombres de nacionalidad extranjera. Asimismo indican tales estadísticas que, de las 71 muertes producidas durante 2007 por violencia de género, 28 correspondieron a víctimas de nacionalidad extranjera, siendo extranjeros 27 de los agresores².

Indudablemente es la de la mujer maltratada una situación dura. Pero aún más lo puede llegar a ser en el caso de que la víctima sea una mujer extranjera. Y ello por cuanto en este último caso, al miedo que, como cualquier otra víctima de violencia de género, va a tener aquélla a denunciar al maltratador y a solicitar de las autoridades españolas la protección que la legislación en la materia arbitra, se une la mayoría de las veces el temor a que tal paso pueda llegar a afectar a su situación en España desde el punto de vista del Derecho de extranjería. La mujer extranjera, efectivamente, en los supuestos en que se encuentra en situación regular en España, fundamentalmente en aquéllos en que su “regularidad” a los efectos del Derecho de extranjería es “dependiente” de la del cónyuge o pareja que ejerce sobre ella la violencia, puede temer que su situación administrativa se llegue a ver afectada como consecuencia de la propia denuncia de los hechos o de la concesión a su favor de una orden de protección, pero, sobre todo, de la adopción a su instancia de ciertas medidas en el plano civil, como puede ser la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación legal, o, en su caso, la terminación de su situación de pareja registrada. Y, de hallarse aquélla en situación irregular en España, su temor no será otro que el que su situación de irregularidad, de denunciar y solicitar la protección de las autoridades españolas, pueda ser descubierta y dé lugar a la incoación del correspondiente expediente de expulsión. Todos estos temores, lamentablemente, van a acabar haciendo que la mujer extranjera víctima de violencia de género opte por guardar silencio y asumir su situación como inevitable.

Conscientes de esta realidad, y en nuestro deseo de contribuir a aliviar el sufrimiento de las mujeres extranjeras que se encuentren en nuestro país en tal situación, animándolas a denunciar y a poner con ello fin a su particular infierno personal, dedicaremos las próximas páginas a demostrar que los temores a los que se viene de aludir no siempre resultan fundados. A tal efecto, procederemos a la exposición de las distintas vías que la legislación española de extranjería establece para que una mujer extranjera víctima en nuestro país de violencia de género

(1) <http://www.migualdad.es/mujer/mujeres/cifras/violencia/index.htm#violencia>.

(2) A 20 de mayo de 2008, de las 24 muertes producidas por violencia de género, en 7 casos la víctima era extranjera y en 8 era extranjero el agresor.

pueda asegurar su permanencia en España en situación regular –vías a las que, en adelante, nos referiremos bajo el calificativo de “vías de estabilización”–, examinando los requisitos que en cada caso resultan exigibles, al tiempo que efectuando ciertas recomendaciones de índole práctica tendentes a evitarle en lo posible a la víctima los inconvenientes con los que, en situaciones concretas, va a poder encontrarse a la hora de recurrir a algunas de las referidas vías. Asimismo, y respecto a los supuestos en los que los temores de la mujer extranjera, a la luz de la legislación de extranjería vigente, pueden considerarse verdaderamente fundados, trataremos de aportar aquellos argumentos que, a nuestro juicio, justifican la necesidad de garantizar también a la mujer en tales casos la debida protección, brindándole la posibilidad de prolongar su permanencia en España en situación legal. Comenzaremos nuestra exposición, concretamente, refiriéndonos a los distintos regímenes a los que va a poder quedar sujeta la mujer extranjera que se encuentre en España, así como a las distintas situaciones en las que aquélla se va a poder hallar, pues, como tendremos ocasión de comprobar, las “vías de estabilización” previstas en nuestro ordenamiento difieren en función de estos dos extremos. Sólo después procederemos al análisis de las mencionadas “vías de estabilización”, análisis en el que partiremos precisamente de la distinción de regímenes y situaciones, y en el que, en todo caso, trataremos de contemplar cuantas variantes permite la casuística imaginar.

II. LA MUJER EXTRANJERA EN ESPAÑA: PLURALIDAD DE RÉGIMENES Y DIVERSIDAD DE SITUACIONES

A) Regímenes

Desde la perspectiva del Derecho español de extranjería, la mujer extranjera que se encuentre en España se va a poder hallar sometida a alguno de los tres siguientes regímenes:

1.^º) *Régimen comunitario*, en caso de que la mujer extranjera sea nacional de un país de la Unión Europea (UE), del Espacio Económico Europeo (EEE) o de Suiza, al igual que en el caso de que, siendo aquélla nacional de un tercer país, tenga la condición de familiar de un ciudadano español o nacional de un país de la UE, del EEE o de Suiza. A estos efectos, se considerará que la mujer extranjera ostenta la condición de familiar cuando se halle ligada al ciudadano español o nacional de un país de la UE, EEE o Suiza por alguno de los siguientes vínculos:

- Vínculo conyugal (de ser cónyuge de un ciudadano español, salvo que haya separación legal);
- Unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a estos efectos en un Estado miembro de la UE o en un Estado parte en el EEE, o
- Vínculo de sangre, en concreto si es descendiente o ascendiente directa del referido ciudadano o de su cónyuge o pareja registrada, siempre que, de ser descendiente, sea menor de 21 años, mayor de esta edad que viva a su cargo o incapaz, y, de ser ascendiente, que quepa hablar de dependencia económica (téngase presente, no obstante, que, desde el 28 de marzo de

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

2007³, la mujer extranjera nacional de tercer Estado que sea ascendiente de un español o de su cónyuge ya no queda sometida al régimen comunitario. Si, con anterioridad a esta fecha, la mujer se hallaba ya sometida al citado régimen, seguirá quedando sujeta al mismo).

En este primer supuesto, la mujer extranjera disfrutará de las libertades proclamadas tanto en los Tratados constitutivos (Tratado de la Comunidad Europea, Acuerdo sobre elEEE⁴ y Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y Suiza⁵) como en el Derecho comunitario derivado (Reglamentos y Directivas de desarrollo de las referidas libertades), quedando en todo caso sometida a lo dispuesto en el Real Decreto (RD) 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre elEEE⁶ (de aplicación también a los suizos –disposición final tercera–).

2.º) *Régimen especial de asilada o apátrida*, en caso de que a la mujer extranjera le haya sido reconocido por las autoridades españolas uno u otro estatuto (recuérdese que la condición de asilada o refugiada podrá reconocerse a aquella mujer que se haya visto obligada a abandonar su país de origen por tener fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país⁷, pudiendo atribuirse el estatuto de apátrida a la mujer a quien ningún Estado considere, conforme a su legislación, nacional suya). Asimismo quedará sujeta por extensión al régimen especial de asilada, la mujer extranjera nacional de tercer Estado que sea familiar de un ciudadano extranjero a quien las autoridades españolas hayan reconocido como asilado, considerándose en este caso que la mujer ostenta la condición de familiar cuando se halle ligada al titular del estatuto de asilo por alguno de los siguientes vínculos:

– Vínculo conyugal, salvo que haya separación legal o de hecho (advuértase que, para que la mujer extranjera pueda disfrutar por extensión de la condición de asilada, es en todo caso

(3) Fecha de entrada en vigor del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre elEEE (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007).

(4) Acuerdo de Oporto de 2 de mayo de 1992 (DOCE núm. L 1, de 3 de enero de 1994).

(5) Acuerdo de Luxemburgo de 21 de junio de 1999 (DOCE núm. L 114, de 30 de abril de 2002).

(6) Cit. supra nota 1.

(7) Téngase presente en este punto la posibilidad que la vigente legislación española sobre asilo prevé de reconocer la condición de asilada o refugiada a la mujer extranjera que sea víctima de violencia de género en su país de origen. Tal posibilidad, concretamente, viene contemplada en la disposición adicional tercera de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo (BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984), introducida por la disposición adicional vigésimo novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007), por la que se incluye entre las causas que justifican la concesión de asilo –artículo 3.1.º Ley 5/1984– el hecho de que la mujer extranjera se haya visto obligada a huir de su país de origen por un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género. Respecto a la admisión de esta posibilidad con anterioridad a la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, vid. N. ARENAS HIDALGO: “La «violencia doméstica» y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado. Derecho comunitario y práctica española”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, núm. 17, 2008, pp. 59-102.

necesario que el matrimonio sea anterior al reconocimiento por parte de las autoridades españolas del estatuto de asilado en favor de su cónyuge);

- Relación análoga de afectividad y convivencia (asimismo será exigible que la relación de convivencia sea anterior al reconocimiento por parte de las autoridades españolas del estatuto de asilado a favor de su pareja);
- Vínculo de sangre, en concreto si es descendiente o ascendiente en primer grado del asilado, siempre que, de ser descendiente, sea menor de 18 años, y, de ser ascendiente, quepa hablar de dependencia familiar⁸.

En este segundo supuesto, la mujer extranjera disfrutará del régimen especial de protección previsto en favor de asilados y apátridas, régimen que, por lo que respecta al asilo, se halla establecido en el Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el estatuto de los refugiados⁹, en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo¹⁰, y en su Reglamento de aplicación, aprobado por RD 203/1995, de 10 de febrero¹¹, y, por lo que concierne a la apatridia, se contiene en el Convenio de Nueva York de 28 de septiembre de 1954, sobre el estatuto de los apátridas¹², y en el RD 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida¹³. Asimismo, y respecto de determinadas cuestiones, le será de aplicación la normativa general de extranjería, contenida tanto en la Ley como en el Reglamento de Extranjería¹⁴.

3.º) *Régimen general*, en caso de que la mujer extranjera no se halle en ninguno de los supuestos antes mencionados. Téngase asimismo presente la sujeción a este régimen, desde el 28 de marzo de 2007, de la mujer extranjera nacional de tercer Estado que sea ascendiente de un español o de su cónyuge, siendo además este último el régimen que habrá de resultar aplicable a la mujer extranjera que sea familiar de un ciudadano que haya sido reconocido en España como apátrida.

En este último supuesto resultará de aplicación a la mujer extranjera lo establecido en la normativa general de extranjería, constituida por la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y li-

(8) No quedará, sin embargo, sujeta al régimen especial de los apátridas la mujer extranjera nacional de tercer Estado que sea familiar de un ciudadano a quien le haya sido reconocido en España el estatuto de apátrida, pues, según se infiere del artículo 14 del RD 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida (BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001), los familiares de los apátridas quedan sometidos al régimen general de extranjería.

(9) BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

(10) Cit. supra nota 5. Esta Ley fue modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994).

(11) BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995.

(12) BOE núm. 159, de 4 de julio de 1997.

(13) Cit. supra nota 6.

(14) Cit. infra, notas 13, 14 y 15.

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

bertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁵, y sus sucesivas modificaciones¹⁶ (LOE), así como por el Reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre¹⁷ (Reg.LOE).

B) Situaciones

a) Mujer extranjera bajo régimen comunitario o de asilada o apátrida

La mujer extranjera que se halle en España bajo régimen comunitario se va a hallar siempre en situación regular, pudiendo aquélla encontrarse, concretamente, en alguna de las dos siguientes situaciones:

- 1.º) situación de estancia, si su permanencia en nuestro país es inferior a tres meses (artículo 6 RD 240/2007), o
- 2.º) situación de residencia, si su permanencia en España es superior a este periodo de tiempo (artículo 8 RD 240/2007). Esta situación de residencia tendrá el carácter de permanente cuando la permanencia exceda de los 5 años, aunque también lo podrá tener, antes incluso de que transcurran los referidos 5 años, siempre que concorra alguna de las circunstancias que dan derecho a la obtención de la residencia permanente (artículo 10 RD 240/2007).

En el primer caso, la mujer extranjera va a poder acreditar su situación con la misma documentación con la que haya efectuado su entrada en territorio nacional (esto es, con su pasaporte o DNI, y, en su caso –cuando venga exigido conforme a lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 539/2001, del Consejo, de 15 de marzo de 2001¹⁸–, con el correspondiente visado de estancia), mientras que, de hallarse en situación de residencia, podrá justificar esta última, bien con el certificado de registro en el Registro Central de Extranjeros (de ser nacional de un país de la UE, del EEE o de Suiza), o bien con la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión (de ser nacional de un tercer Estado que ostente la condición de familiar de un ciudadano español o nacional de un país de la UE, EEE o Suiza), documentación que la ciudadana extranjera habrá debido solicitar en el plazo de 3 meses desde su entrada en España (artículos 7 y 8 RD 240/2007). En el supuesto de que ya se encuentre en situación de residencia permanente, ésta la podrá acreditar con el correspondiente certificado del derecho a residir con carácter permanente (artículo 10.1.º, apartado 2.º RD 240/2007) o con la correspondiente tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión que en su favor se haya expedido (artículo 11 RD 240/2007).

(15) BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000; corrección de errores en BOE núm. 20, de 24 de enero de 2000.

(16) La citada Ley ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000; corrección de errores en BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2001), por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003) y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003).

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

(18) DOCE núm. L 81, de 21 de marzo de 2001.

Por lo que respecta a la mujer extranjera sometida al régimen de asilada o apátrida, la situación de esta última, que necesariamente será regular, será siempre de residencia, situación que podrá acreditar con el documento de identidad que, como beneficiara del correspondiente estatuto, le haya sido entregado.

Finalmente, es conveniente recordar que el derecho del que goza la mujer extranjera sometida a uno u otro régimen, en los casos en que la sujeción a él venga dada por su condición de familiar, va a ser siempre un derecho derivado de aquel que ostenta, como titular, bien el ciudadano español, comunitario, del EEE o suizo, bien el asilado, lo que lleva necesariamente a hablar de residencia o, en su caso, de estancia “dependiente”, en contraposición con el carácter “independiente” que presenta la residencia o la estancia de la mujer extranjera cuya pertenencia a uno y otro régimen es a título principal. De ahí, además, la exigencia de que la mujer, para disfrutar del referido derecho, se halle acompañada de quien es el titular directo de este último.

b) Mujer extranjera bajo régimen general de extranjería

En los casos en que la mujer extranjera se encuentre en España bajo el régimen general de extranjería, se hace preciso distinguir según que aquélla se halle en situación regular o irregular.

La mujer, concretamente, se hallará en situación regular de disponer de alguna de las siguientes autorizaciones:

- 1.º) autorización de estancia de corta duración (por un máximo de 3 meses), de haber obtenido aquélla para entrar en España un visado de estancia, en los casos en que este último resulte exigible conforme a lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 539/2001, aunque también se la considerará titular de tal autorización de haber efectuado su entrada en España legalmente sin necesidad de visado, por no venir éste exigido a la luz del referido Reglamento (artículos 25 y ss. Reg.LOE);
- 2.º) autorización de estancia por estudios, sea ésta “independiente” (por haber conseguido para sí un visado de estudios habilitándola para cursar o ampliar estudios o para realizar trabajos de investigación o formación en centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos –artículos 33 LOE y 85 y ss. Reg.LOE–) o “dependiente” (por haber sido reagrupada por su cónyuge o por la persona a cuya patria potestad o tutela se halle sometida, cuando sea esta última quien ostente la condición de estudiante –artículo 89 Reg.LOE–);
- 3.º) autorización de residencia temporal, sea ésta “independiente” (por haberla solicitado personalmente –artículos 35 y ss. Reg.LOE–) o “dependiente” (por haber sido reagrupada por su cónyuge, descendiente o ascendiente residente legal en España –artículos 17 y ss. LOE y 38 y ss. Reg.LOE–), y ya se trate de una autorización inicial o renovada;
- 4.º) autorización de residencia temporal y trabajo, sea por cuenta ajena o propia, y ya se trate de una autorización inicial o renovada (artículos 48 y ss. Reg.LOE);

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

5.º) autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, ya se haya obtenido ésta por arraigo, protección internacional, razones humanitarias o colaboración con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales (artículos 45 y ss. Reg.LOE), ó

6.º) autorización de residencia permanente (artículos 32 LOE y 71 y ss. Reg.LOE).

En los dos primeros supuestos, la situación de la mujer extranjera en España será de estancia, situación que, en el caso de la estancia de corta duración, podrá aquélla acreditar con la misma documentación con la que haya efectuado su entrada en territorio español (esto es, con su pasaporte y, en su caso, con el visado de estancia que hubiera obtenido), mientras que, en el caso de la estancia por razón de estudios, podrá probar tanto con el visado que a tal efecto le haya sido expedido, como con la tarjeta de estudiante que habrá debido solicitar en el plazo de un mes desde su entrada en España (artículos 87.7.º y 89.3.º Reg.LOE).

En los restantes supuestos, la situación de la mujer extranjera en España será de residencia, hallándose aquélla documentada con la tarjeta de identidad de extranjero que habrá debido asimismo solicitar en el plazo de un mes desde su entrada en territorio nacional o, en su caso, desde la notificación de la concesión de la autorización correspondiente (artículos 35.9.º, 43.6.º, 46.8.º, 51.13.º, 59.12.º y 73.6.º Reg.LOE). Aquélla, no obstante, podrá también acreditar su situación con misma resolución por la que se le haya concedido la correspondiente autorización.

De no disponer la mujer extranjera de ninguna de las autorizaciones a las que se acaba de aludir, se hallará aquélla en situación irregular, situación en la que se podrá encontrar desde el instante mismo de su entrada en España (de no haberlo hecho por los puestos fronterizos habilitados al efecto y con la documentación preceptiva), aunque también podrá tratarse de una situación sobrevenida (la mujer extranjera entró y permaneció legalmente en España, pero no la abandonó cuando debía hacerlo, bien por haberse agotado el tiempo por el que fue autorizada a permanecer en España en régimen de estancia, o bien por no haber conseguido la renovación de las autorizaciones temporales –residencia, residencia y trabajo o estancia por estudios– que en su momento obtuvo).

III. “ESTABILIZACIÓN” EN ESPAÑA DE LA MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

A) La orden de protección y su papel en el sistema de “estabilización” de la mujer extranjera víctima de violencia de género

La mujer extranjera que sea víctima en nuestro país de violencia de género, entendiendo por tal la violencia, tanto física como psíquica, ejercida por quienes sean o hayan sido sus cónyuges o por quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, va a poder solicitar de las autoridades españolas, cualquiera que sea el régimen (comunitario, asilada o apátrida, o general) al que aquélla se halle sujeta, así como la situación concreta en la que

se encuentre (residencia, estancia o situación irregular), la protección que nuestra legislación brinda a las víctimas de dicha violencia, protección ésta que arbitran, fundamentalmente, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica¹⁹, y la Ley Orgánica 1/2004, de 8 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género²⁰, así como las distintas leyes aprobadas, dentro de su ámbito competencial, por las diversas Comunidades Autónomas²¹. Y ello, por cuanto a los efectos de la aplicación de los mencionados textos legales, resultan irrelevantes tanto la nacionalidad de la víctima como la situación administrativa en que ésta se encuentre. Así se infiere claramente del artículo 17 de la Ley Orgánica 1/2004, donde se proclama que los derechos que en ella se reconocen quedan garantizados a “todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

La puesta en marcha de toda la maquinaria de protección que la legislación española establece en favor de las víctimas de violencia de género pasa necesariamente por la denuncia de los hechos y, en su caso, por la solicitud de una orden de protección, actos ambos que, como es obvio, pueden llevar a cabo las propias víctimas, aun cuando no hay que olvidar, por un lado, la obligación que, al margen del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), impone el artículo 544 ter de esta última Ley (introducido por la Ley 27/2003) a las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieren conocimiento de la existencia de una situación de violencia de género, de ponerlos de inmediato en conocimiento del Juez de Guardia o del Ministerio Fiscal, con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección, así como tampoco la posibilidad que, tanto el artículo 544 ter de la LECrím, como el Protocolo para la implantación de la orden de protección, prevén de que la solicitud de esta última, además de por la propia víctima, pueda ser formulada por cualquier otra persona que tenga con ella alguna relación de parentesco o afectividad o por el Ministerio Fiscal, contemplándose incluso la posibilidad de que aquélla sea acordada por el Juez de oficio.

Sin duda, dentro del sistema español de protección de las víctimas de violencia de género, cobra una extraordinaria importancia la orden judicial de protección, configurándose de hecho como uno de sus pilares fundamentales sobre los que descansa dicho sistema. Pero es que aquélla, además, en el caso concreto de las víctimas de nacionalidad extranjera, se erige asimismo en la

(19) BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

(20) BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

(21) Baste mencionar la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Castilla-La Mancha, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas (BOE núm. 148, de 21 de junio de 2001); la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 2006); la Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Aragón, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia (BOE núm. 141, de 13 de junio de 2007); la Ley 7/2007, de 4 de abril, de la Región de Murcia, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y de Protección contra la Violencia de Género (BORM núm. 91, de 21 de abril de 2007); la Ley 11/2007, de 27 de julio, de Galicia, para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género (BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2007); la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Andalucía, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2008) o la Ley 5/2008, de 24 de abril, de Cataluña, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (BOE núm. 131, de 30 de mayo de 2008).

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

llave de acceso a las distintas “vías de estabilización” que, en beneficio de estas últimas, contempla la legislación española de extranjería. En unas ocasiones, como se tendrá ocasión de comprobar, la orden de protección constituye el único factor determinante de la “estabilización” de la mujer extranjera. En otras, en cambio, tal “estabilización” requiere, junto a la orden de protección, la concurrencia de otros elementos, como puede ser la sentencia penal de condena, e, incluso, la existencia de una sentencia civil de nulidad, divorcio o separación legal o, en su caso, la cancelación de la inscripción registral como pareja.

En cualquier caso, hay que tener presente que la protección de la mujer extranjera víctima de violencia de género mediante la “estabilización” de su situación en España va a quedar igualmente garantizada en aquellos supuestos en que, habiendo solicitado la víctima orden de protección, la adopción de esta última devenga imposible, como sucederá cuando la comparecencia prevista en el apartado 4.º del artículo 544 ter de la LECrim no pueda celebrarse en el plazo señalado por algún motivo, tal como la imposibilidad justificada de asistencia de alguna de las partes o el hecho de encontrarse el denunciado en paradero desconocido²². Y ello por cuanto en tales supuestos, a los efectos de la referida “estabilización”, se va a admitir como válida la presentación de un informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia de género²³, posibilidad ésta que ya contemplaba expresamente el RD 240/2007 (artículo 9.4.º) y que, recientemente, la Dirección General de Inmigración (en adelante DGI), en las Instrucciones 5/2008, de 16 de junio, relativas a los supuestos de personas extranjeras que hayan sido víctimas de determinados delitos, incluidos los de conducta violenta ejercida en el entorno familiar o de violencia doméstica, ha hecho extensiva a todos los casos en que la normativa general de extranjería (Reg.LOE) supedita la “estabilización” de la mujer extranjera a la existencia de orden de protección (Instrucciones Primera y Segunda).

Pero es que la protección de la mujer extranjera víctima de violencia de género va a quedar incluso garantizada en aquellas ocasiones en que la misma se limite sin más a denunciar su situación y no solicite orden de protección, siempre y cuando, claro está, la denuncia presentada dé lugar a un procedimiento penal que concluya con sentencia de condena, siendo en tales supuestos esta última resolución la que haya de servir como llave de acceso a las referidas “vías de estabilización”. Piénsese que la voluntad del legislador es clara: supeditar la “estabilización” de la mujer extranjera víctima de violencia de género a la acreditación de este último extremo. Y no hay duda de que la condición de víctima queda plenamente acreditada con una sentencia penal de condena por violencia de género. El legislador, efectivamente, admite en ciertos casos la posibilidad de que los trámites de “estabilización” se inicien con la simple presentación de una resolución en la que, con carácter provisional, se reconozca la condición de víctima de la

(22) No se olvide que, cuando así suceda y, atendidas las circunstancias del hecho, del agresor y de la víctima, resulte necesaria la adopción urgente de medidas de protección desde el inicio del proceso penal, podrán adoptarse las medidas cautelares de carácter penal previstas en el artículo 544 bis de la LECrim, que no requieren la celebración de comparecencia, así como medidas de carácter civil para la protección de los hijos menores, al amparo del artículo 158.4.º del Código Civil y de lo dispuesto en el apartado 7.º del artículo 544 ter de la LECrim. (Vid. Circular 3/2003, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección).

(23) Vid. la Instrucción 2/2005, de 2 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre la acreditación, por el Ministerio Fiscal, de las situaciones de violencia de género.

mujer extranjera, como es la orden de protección (y en estos momentos, como se ha apuntado, también con un informe del Ministerio Fiscal, de resultar imposible la adopción de aquélla), si bien exige en último término para poder acordar la “estabilización” la presentación por parte de la interesada de la resolución donde tal condición le sea reconocida con carácter definitivo, y ésta no es otra que la sentencia penal de condena. De ahí, por tanto, que no deba haber ningún problema para que la mujer extranjera que sólo disponga de esta última pueda en cualquier momento solicitar y obtener su “estabilización” en España. Pero también es cierto que el legislador, en otras ocasiones, para acordar la “estabilización” de la mujer extranjera víctima de violencia de género, estima suficiente la presentación sin más de una orden de protección (o, en su caso, del informe sustitutivo del Ministerio Fiscal), no exigiendo que esta última venga refrendada por una sentencia penal de condena. Y, como es lógico, tampoco en tales ocasiones deberá tener ningún problema la mujer extranjera que cuente sin más con la sentencia de condena (donde, con carácter definitivo, y no provisional, se reconozca su condición de víctima), para, a partir de ésta, solicitar y obtener su “estabilización” en nuestro país. En estos momentos, tras la aprobación por la DGI de las Instrucciones 5/2008, ya no cabe ninguna duda sobre cuanto se viene de señalar (Instrucciones Primera y Segunda).

B) Análisis de las diferentes “vías de estabilización”

Varias son las vías que la legislación española de extranjería arbitra para la mujer extranjera víctima de violencia de género pueda “estabilizar” su situación y garantizar su permanencia en España en situación legal, dependiendo en principio el recurso a una u otra, fundamentalmente, de dos extremos: de un lado, el régimen al que ésta se halle sujeta y, de otro, la situación concreta en la que aquélla se encuentre. En la exposición de las referidas vías, que constituirá nuestro cometido en las próximas páginas, partiremos precisamente atendiendo al último de estos dos factores, esto es, la situación concreta de la mujer extranjera en España, refiriéndonos, en primer lugar, a las “vías de estabilización” de las que dispone la mujer extranjera en situación regular “dependiente”, en segundo término, a las que tiene la mujer en situación regular “independiente” y, finalmente, a la vía con la que cuenta la mujer en situación irregular. Y, dentro a su vez del primer supuesto, distinguiremos en función del concreto régimen (comunitario, asilada o apátrida, o general) al que la mujer extranjera se halle sometida, diferenciando asimismo según se encuentre esta última en situación de estancia o residencia.

a) Mujer extranjera en situación regular “dependiente” del agresor

Ciertamente, la mujer extranjera que, hallándose en España de forma “dependiente” bajo régimen comunitario o de asilada, sea víctima de violencia de género ejercida por su cónyuge o pareja, puede temer que, de denunciar la violencia de la que es objeto y obtener a su favor una orden de protección, pero, sobre todo, de acordarse a su instancia la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación legal, o, en su caso, la cancelación de la inscripción registral como pareja, su situación de permanencia legal en España pueda verse afectada, dado el carácter derivado que presenta su derecho de permanencia respecto del que ostenta el agresor. También será éste el temor de la mujer extranjera víctima de violencia de género que, bajo el régimen general de extranjería, se encuentre en nuestro país en situación de estancia o de residencia legal “depen-

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

diente”, por haber sido reagrupada por el cónyuge maltratador nacional de tercer Estado. Sin embargo, hay que señalar que los temores a los que se acaba de aludir resultan la mayoría de las veces infundados. Y ello por cuanto la normativa española de extranjería arbitra vías para que la mujer que, encontrándose en cualquiera de tales situaciones, sea víctima de violencia de género y proceda a denunciar tal situación y a solicitar una orden de protección, pueda permanecer legalmente en territorio español aun después de que desaparezcan los vínculos con la persona de la que deriva su derecho. Ello será así, no hay duda, en los casos en que la mujer extranjera se halle en España en situación de residencia legal “dependiente” (sea en régimen comunitario, de asilada o apátrida, o en el general de extranjería), dado que la normativa de extranjería prevé vías específicas de “estabilización” para tales supuestos. Pero también lo será en los casos en que la mujer extranjera se encuentre en situación de estancia “dependiente”, sea ésta de corta duración o por razón de estudios, supuestos en los que, si bien el legislador no contempla vías específicas de “estabilización”, nada impide el recurso a otras “vías de estabilización” de las que podría decirse que presentan carácter general o abierto.

a') Mujer sujeta al régimen comunitario

1. Mujer en situación de residencia

i) Mantenimiento del derecho de residencia

El RD 240/2007, en su artículo 9.4.º, reconoce a la mujer extranjera que se halle en situación de residencia “dependiente” en el marco del régimen comunitario y que no haya adquirido, de conformidad con el artículo 10 del referido texto, el derecho a residir con carácter permanente, la posibilidad de conservar su derecho de residencia tras haber obtenido sentencia de nulidad matrimonial o de divorcio (o asimismo, en caso de ser cónyuge de un nacional español, sentencia de separación legal²⁴) o haber conseguido la cancelación de su inscripción como pareja registrada –circunstancias todas ellas determinantes de que la mujer extranjera deje de estar sujeta al régimen comunitario–, en una serie de supuestos. Y, entre estos supuestos, se encuentra precisamente aquél en que se acredite que la mujer ha sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio o situación de pareja registrada.

Concretamente, el artículo 9.4.º brinda a la mujer extranjera que haya obtenido una de las antes mencionadas sentencias o, en su caso, haya conseguido la cancelación de su inscripción registral como pareja, la posibilidad de conservar su derecho de residencia siempre que acredite alguno de los siguientes extremos:

(24) La Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (DOUE núm. L 158, de 30 de abril de 2004), cuya transposición al Derecho español lleva a cabo el RD 240/2007, solo alude en su artículo 13, entre los supuestos de mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia de ciudadano comunitario, al divorcio, a la anulación del matrimonio y al fin de la unión registrada. De ahí que la referencia que en el artículo 9 del RD 240/2007 se efectúa a la separación matrimonial solo pueda entenderse aplicable en principio a los miembros de la familia de ciudadano español, respecto de los cuales no queda el legislador español vinculado por lo establecido en la Directiva.

- 1.º) duración de al menos 3 años del matrimonio o situación de pareja registrada, hasta el inicio del procedimiento judicial de nulidad del matrimonio, divorcio o separación legal, o de la cancelación de la inscripción como pareja registrada, de los cuales, al menos uno, deberá haber transcurrido en España;
- 2.º) otorgamiento, por mutuo acuerdo o decisión judicial, de la custodia de los hijos del ciudadano comunitario, al ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la UE o del EEE (ni de Suiza);
- 3.º) que han existido circunstancias especialmente difíciles, como haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio o situación de pareja registrada, extremo éste que se considerará acreditado:
 - De manera provisional, cuando exista una orden de protección a su favor o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia doméstica, y,
 - Con carácter definitivo, cuando haya recaído sentencia en la que se declare que se han producido las circunstancias alegadas, o
- 4.º) resolución judicial o mutuo acuerdo entre las partes que determine el derecho de visita, al hijo menor, del ex cónyuge, cónyuge separado legalmente (para el caso de la mujer extranjera casada con español) o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la UE o del EEE (ni de Suiza), cuando dicho menor resida en España y dicha resolución o acuerdo se encuentre vigente.

Ahora bien, según el último inciso del artículo 9.4.º, la mujer extranjera, en cualquiera de los supuestos a los que alude el citado precepto, sólo mantendrá su régimen de residencia comunitaria durante el plazo de 6 meses, plazo este último que, pese al silencio del legislador, cabe entender que comienza a correr el día siguiente de aquél en que deviene firme la correspondiente resolución judicial de nulidad, divorcio o separación legal²⁵ o se lleva a cabo la cancelación de la correspondiente inscripción registral como pareja.

El legislador, no obstante, hace una salvedad al mencionado plazo precisamente en los casos de violencia doméstica, al disponer que aquél se podrá prorrogar hasta el momento en que recaiga la resolución judicial penal en que se declare que tuvieron lugar las referidas circunstancias de violencia, esto es, hasta que se dicte la correspondiente sentencia de condena, sea por falta o por delito.

Como se puede apreciar, la existencia de violencia doméstica, en el marco del RD 240/2007, sólo deviene factor determinante de la conservación del derecho de residencia en régimen co-

(25) En este punto hay que recordar que mientras que una sentencia de nulidad, divorcio o separación legal dictada en primera instancia deviene firme por el transcurso del plazo fijado en la misma para la presentación de recurso de apelación sin que este último haya sido planteado, la sentencia dictada en segunda instancia es firme desde el mismo día de su adopción.

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

munitario durante el plazo de 6 meses, y, en su caso, durante el tiempo de prórroga al que se acaba de hacer referencia, en los supuestos en que concurran, cumulativamente, las tres siguientes circunstancias:

- 1.º) de haber matrimonio, que haya recaído resolución judicial de nulidad, divorcio o separación legal, y, de tratarse de una pareja registrada, que se haya procedido a la cancelación de la inscripción registral de esta última;
- 2.º) que la violencia se acredite, de manera provisional, con una orden de protección o informe del Ministerio Fiscal y, con carácter definitivo, con una sentencia penal de condena, y
- 3.º) que la violencia cuya existencia se acredite haya tenido lugar durante la vigencia del matrimonio o la situación de pareja registrada.

La falta de cualquiera de estas tres circunstancias determinará que la mujer extranjera no se pueda beneficiar del derecho a conservar su residencia en régimen comunitario durante el referido plazo de 6 meses.

ii) Paso del régimen comunitario al régimen general de extranjería

La mujer extranjera que se encuentre en cualquiera de las situaciones a las que alude el artículo 9.4.º del RD 240/2207, incluida la de violencia de género, deberá, dentro del plazo de 6 meses en el que, como se viene de indicar, seguirá sometida al régimen comunitario y, por ende, en situación regular (o, en su caso, dentro del período de prórroga que le sea reconocido), solicitar el cambio de régimen, demandando de las autoridades españolas competentes una autorización de residencia conforme a lo previsto en la normativa general de extranjería, en concreto en el artículo 96.5.º del Reg.LOE²⁶. En todo caso, como indica el propio artículo 9.4.º en su apartado 2.º, para la obtención de tal autorización será necesario que la mujer extranjera reúna alguno de los siguientes requisitos:

- 1.º) que pueda demostrar que está en alta en el régimen correspondiente de la seguridad social como trabajadora, sea por cuenta ajena o propia (lo que, como es evidente, sólo sucederá en los casos en que la mujer extranjera, durante el tiempo en que haya permanecido sometida al régimen comunitario, haya tenido ocasión de acceder, en ejercicio de las libertades comunitarias de circulación de trabajadores y de establecimiento que, por extensión, le vienen reconocidas, a cualquier trabajo por cuenta ajena o propia). En este primer supuesto,

(26) Si bien es cierto que la Cuarta de las Instrucciones 5/2008 de la DGI no se refiere expresamente a este supuesto, entendemos que también en él habrá que tener en cuenta lo que aquella dispone respecto a la modificación de la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo en el caso de víctimas de violencia de género. Según la citada Instrucción, en los procedimientos de los artículos 96 y 98 se habrán de respetar de forma especial los principios de impulso de oficio y celeridad de los artículos 74 y 75 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992) y, siempre que sea posible, se aplicará la posibilidad de tramitación preferente que otorga el artículo 74.2.º de dicha Ley 30/1992.

la mujer extranjera obtendrá una autorización de residencia y trabajo, que la habilitará, no solo para residir, sino también para trabajar en España, ó

- 2.º) que pueda acreditar que, o bien dispone tanto para sí como para los miembros de su familia de recursos suficientes (y en este punto es conveniente recordar el derecho que se reconoce a las víctimas de violencia de género a percibir, bajo ciertas circunstancias, determinadas ayudas económicas²⁷⁾, o bien que, en el momento de la solicitud, es miembro de la familia, ya constituida en España, de una persona que cumpla estos requisitos, obteniendo en estos dos últimos casos una autorización de residencia sin más, que no la habilita para trabajar. La mujer extranjera, no obstante, podrá en cualquier momento, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 96 del Reg.LOE, obtener la conversión de esta autorización en una autorización de residencia y trabajo, a fin de poder trabajar en España, aunque para ello será necesario que, o cumpla los requisitos laborales exigidos en el artículo 50 del Reg.LOE, salvo los previstos en las letras a) y f)²⁸⁾, si lo que desea es trabajar por cuenta ajena (supuesto en el que será el empleador el sujeto legitimado para presentar la solicitud), o bien reúna los requisitos del artículo 58, excepto el de la letra f)²⁹⁾, si lo que pretende es desarrollar un trabajo por cuenta propia (siendo en este caso la propia interesada la que haya de presentar la solicitud)³⁰⁾. El plazo de residencia legal de un año que, con carácter general, prevé el pá-

(27) En Andalucía, concretamente, la mujer víctima de violencia de género cuenta, entre otras, con las siguientes ayudas económicas: 1) la establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004 y regulada por el RD 1452/2005, de 2 de diciembre (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2005), que está prevista para aquellas personas que no puedan formar parte de programas de inserción laboral debido a circunstancias personales, profesionales y sociales que determinen que su inclusión no va a mejorar de modo sustancial su empleabilidad, y cuyo reconocimiento se ha de llevar a cabo de conformidad con lo dispuesto en la Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 5 de septiembre de 2006 (BOJA núm. 184, de 21 de septiembre de 2006). Esta ayuda sólo resulta compatible con la que pueda la mujer recibir en virtud de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (BOE núm. 296, de 12 de diciembre de 1995), y su Reglamento, aprobado por RD 738/1997, de 23 de mayo (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 1997) y modificado por RD 429/2003, de 11 de abril (BOE núm. 100, de 26 de abril de 2003) y RD 199/2006, de 17 de febrero (BOE núm. 43, de 20 de febrero de 2006); 2) las ayudas económicas del Instituto Andaluz de la Mujer, que, reguladas por la Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 7 de julio de 2005 (BOJA núm. 141, de 21 de julio de 2005), están dirigidas a las mujeres víctimas de violencia de género acogidas en el Servicio de Atención y Acogida del Instituto y se hallan destinadas, bien a contribuir a la recuperación psico-social de las mismas y facilitar su autonomía, bien a satisfacer necesidades de emergencia para transporte, alojamiento, manutención u otros gastos generales, resultando en todo caso incompatibles con la ayuda anterior, y 3) la renta activa de inserción, regulada por el RD 1369/2006, de 24 de noviembre (BOE núm. 290, de 5 de diciembre de 2006) y destinada a desempleadas con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral [el artículo 2.2.º c) del citado Real Decreto recoge específicamente entre los beneficiarios de esta renta a las mujeres que tengan acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia de género]. Esta última ayuda resulta compatible con la segunda, pero no así con la primera.

(28) Téngase en cuenta que los requisitos a que se refiere la letra c) se acreditarán en los términos establecidos en el apartado 3.º del artículo 51 del Reg.LOE.

(29) Recuérdesse la Instrucción 5/2007, de 29 de junio, de la DGI, 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.

(30) Recuérdesse lo indicado supra nota 26.

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

rrafo 1.º del artículo 96 del Reg.LOE, no le resultará exigible por aplicación analógica de lo establecido en el párrafo 3.º, donde se exime de dicho plazo a los extranjeros en situación de residencia por haber sido reagrupados.

La modalidad de autorización de residencia y trabajo, o exclusivamente de residencia, que se conceda a la mujer extranjera (inicial, primera renovación o segunda renovación) dependerá del tiempo que lleve ésta residiendo en España, bajo régimen comunitario, en el momento de la solicitud.

Únicamente en el caso en que no concurra en la mujer extranjera ninguna de las circunstancias a las que se acaba de aludir, se verá aquélla en la imposibilidad de mantener su situación de residencia legal en España, pasando a encontrarse en situación irregular en el marco del régimen general de extranjería. En tal caso, no obstante, tendrá la posibilidad de recurrir a las “vías de estabilización” que, en favor de la mujer extranjera en situación irregular que sea víctima de violencia de género, prevé la normativa general de extranjería [obtención de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, en concreto por conducta violenta ejercida en el entorno familiar –artículo 45.4.º a) Regl.LOE–, y, de no poder conseguir esta última por no cumplir alguno de los requisitos que a tal efecto se exigen –requisitos que, adelantamos, no son otros que la existencia de una orden judicial de protección o de un informe del Ministerio Fiscal en que se declare la existencia de indicios de violencia, refrendados más tarde por una sentencia penal de condena por delito, que no por falta–, obtención de una autorización de residencia por arraigo, en el supuesto, claro está, de que reúna las condiciones a las que esta última se supedita –artículo 45.2.º Reg.LOE–], vías a las que nos referiremos más detenidamente en el último de los epígrafes de este trabajo.

Por lo que respecta, finalmente, a la mujer extranjera que no se encuentre en ninguna de la situaciones a las que el artículo 9.4.º del RD 240/2007 vincula el derecho a mantener durante 6 meses su situación de residencia en régimen comunitario (piénsese en el caso de aquella mujer que, pese a haber obtenido orden de protección, no sea reconocida como víctima en la correspondiente sentencia penal, por ser ésta absolutoria, no concurriendo además en la resolución civil adoptada ninguna de las circunstancias previstas en las legtras a), b) o d) del artículo 9.4.º del RD 240/2007), somos de la opinión de que la mujer, una vez recaída sentencia de nulidad, divorcio o separación legal o, en su caso, cancelada la inscripción registral como pareja, debe demandar sin demora de las autoridades competentes en materia de extranjería el paso del régimen comunitario al régimen general de extranjería, solicitando para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.5.º del Reg.LOE, una autorización de residencia o de residencia y trabajo. En este punto, es preciso destacar nuestra discrepancia con el que, en la práctica, viene siendo el planteamiento de las autoridades de extranjería frente a tales situaciones. Para tales autoridades, la mujer que, tras haber obtenido resolución civil, no se encuentre en ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 9.4.º, pasa automáticamente a quedar en situación irregular, al limitar aquéllas la aplicación del artículo 96.5.º del Reg.LOE a los supuestos recogidos en el artículo 9 del RD 240/2007. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, es este último un planteamiento erróneo. En primer lugar, porque olvida que en los supuestos de nulidad, divorcio o separación legal o, en su caso, de cancelación de la inscripción registral como pareja, una vez adoptada la correspondiente resolu-

ción civil, la mujer extranjera permanece en situación regular bajo régimen comunitario hasta en tanto deviene aquella firme. Y, en segundo término, por cuanto ignora que el artículo 96.5.º del Reg.LOE –que, conviene recordar, vio la luz más de 2 años antes de que lo hiciera el RD 240/2007– está llamado a ser aplicado, según su tenor literal, a todos los extranjeros comunitarios o familiares de comunitarios “cuando hayan cesado en tal condición”, sin especificación de ningún tipo respecto a las circunstancias en las que dicho cese se ha de producir.

En cualquier caso, de estimar, siguiendo el planteamiento de las autoridades de extranjería, que la mujer extranjera que se halla en tal situación pasa automáticamente a encontrarse en situación irregular, nada impedirá que esta última pueda regularizar su situación recurriendo para ello a las “vías de estabilización” que, como se viene de indicar, prevé el legislador español para las mujeres que, en el marco del régimen general de extranjería, se hallan en situación irregular en España, siempre que se den las condiciones para ello.

iii) Posibles variantes

A la vista de lo establecido en el artículo 9.4.º, y teniendo presente que orden de protección o informe del Ministerio Fiscal, procedimiento de crisis matrimonial o cancelación de inscripción registral como pareja, y responsabilidad penal, no siempre van de la mano y que, cuando sí que van, tienen lugar en momentos diferentes, consideramos conveniente distinguir varias hipótesis:

1.º) La mujer extranjera solicita y obtiene la orden de protección o el informe del Ministerio Fiscal sin que se haya iniciado procedimiento alguno de crisis matrimonial o, en su caso, sin que se haya solicitado la cancelación de la inscripción registral como pareja.

En este primer supuesto se hace preciso diferenciar a su vez según que la mujer, una vez obtenida la orden de protección o el informe del Ministerio Fiscal, demande o no asimismo de las autoridades judiciales competentes (Juzgado de Violencia sobre la Mujer) la nulidad, el divorcio o la separación legal, de haber matrimonio, o, de tratarse de una pareja registrada, según que solicite o no la cancelación de su inscripción registral.

• La mujer solicita la nulidad, el divorcio o la separación legal, o, en su caso, la cancelación de la inscripción registral como pareja.

Con carácter general puede afirmarse que, en este primer caso, la mujer extranjera mantendrá su derecho de residencia bajo régimen comunitario hasta en tanto recaiga la correspondiente resolución civil. No obstante, caben dos posibilidades:

– La resolución civil ve la luz después que la resolución penal.

Si, como será lo habitual, la resolución civil ve la luz después de que el órgano jurisdiccional penal competente (ya sea el propio Juzgado de Violencia sobre la Mujer, –en caso de falta por vejaciones, o en caso de delito, cuando haya conformidad– o el Juzgado de lo Penal –en caso de

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

delito, si no hay conformidad—) haya dictado la suya, la mujer seguirá sometida al régimen comunitario hasta en tanto devenga firme la resolución civil que en su caso recaiga. Será a partir de este momento cuando, por ser de condena la sentencia penal que en su momento se haya dictado [aunque podría también obedecer al hecho de concurrir alguna de las circunstancias previstas en las letras a), b) o d) del artículo 9.4.º del RD 240/2007], comience a correr el plazo de 6 meses del que disfrutará para proceder al cambio de régimen, solicitando para ello una autorización de residencia en el marco de la normativa general de extranjería, al amparo de lo dispuesto en el artículo 96.5.º del Reg.LOE.

De ser absolutoria la sentencia penal [y no concurrir además ninguna de las circunstancias a las que aluden las letras a), b) o d) del artículo 9.4.º del RD 240/2007], la mujer extranjera, como ya se apuntara, deberá solicitar de inmediato el paso del régimen comunitario al régimen general de extranjería.

– La resolución civil ve la luz antes que la resolución penal.

Si la resolución penal recae con posterioridad a la civil (como sucederá en los casos en que se acuerden diligencias previas), el plazo de 6 meses empezará a correr el día siguiente a aquél en que devenga firme esta última resolución, al poder acreditarse de manera provisional en tal fecha, a través de la correspondiente orden de protección o, en su caso, del informe del Ministerio Fiscal, la existencia de la violencia doméstica a la que el artículo 9.4.c) del RD 240/2007 vincula el derecho a gozar del referido plazo [plazo al que asimismo podría tener derecho de concurrir alguna de las circunstancias previstas en las letras a), b) o d) del citado precepto], prorrogándose el plazo en cuestión hasta en tanto se adopte la decisión penal, de producirse esto último después de los 6 meses. Tal decisión, necesariamente, deberá ser de condena.

En el supuesto de que la sentencia penal que recaiga sea absolutoria, la mujer extranjera, de no haber solicitado el cambio de régimen inmediatamente después de haber obtenido la resolución civil, durante el tiempo que transcurrió hasta que esta última devino firme [o dentro de los 6 meses posteriores a la firmeza de la resolución a los que la interesada tuviera derecho por concurrir alguna de las circunstancias de las letras a), b) o d) del artículo 9.4.º del RD 240/2007, en el supuesto de que la decisión penal se hubiera adoptado una vez agotado dicho plazo], pasará automáticamente a encontrarse en situación irregular, ya que se entenderá que aquella dejó de estar en situación regular el mismo día en que, al adquirir firmeza la sentencia de nulidad, divorcio o separación legal, o, en su caso, la resolución de cancelación de la correspondiente inscripción registral como pareja [o bien el día después de aquél en que hubiera llegado a su fin el plazo de 6 meses del que, tras la resolución civil, hubiera podido disfrutar por concurrir alguna de las circunstancias de las letras a), b) o d) del artículo 9.4.º del RD 240/2007], salió del régimen comunitario. En tal caso, la mujer extranjera, ya en situación irregular en el marco del régimen general de extranjería, solo podrá regularizar su situación por la vía excepcional del arraigo del artículo 45.2.º del Reg.LOE, de cumplir las condiciones que para ello se requieren.

• *La mujer no solicita la nulidad, el divorcio o la separación legal, ni, en su caso, la cancelación de la inscripción registral como pareja.*

En este caso, ni la orden de protección que se acuerde –o el informe sustitutivo que el Ministerio Fiscal emita–, ni la resolución judicial penal que en su momento se dicte, aun cuando sea de condena, tendrán ninguna incidencia en la situación administrativa de la mujer extranjera víctima de violencia de género, quien, al seguir vinculada a su cónyuge o pareja, se mantendrá sometida al régimen comunitario.

La mujer extranjera, en cualquier momento posterior a la adopción de la resolución penal, podrá demandar del órgano jurisdiccional competente (Juzgado de Violencia sobre la Mujer –si la sentencia penal es de condena– o Juzgado de Familia o de Primera Instancia –en caso de sentencia absolutoria o de sobreseimiento de las actuaciones–) la nulidad, el divorcio o la separación legal, o bien, en su caso, solicitar la cancelación de la inscripción registral como pareja. Y sólo después de que se adopte la correspondiente resolución civil y ésta devenga firme, comenzará a correr el mencionado plazo de 6 meses para solicitar el cambio de régimen, siempre y cuando, claro está, la mujer extranjera pueda beneficiarse de este último, para lo cual, como se ha visto, será necesario que la resolución judicial penal que se haya dictado sea de condena [sin olvidar que tal beneficio también le puede venir dado por el hecho de concurrir alguna de las circunstancias previstas en las letras a), b) o d) del artículo 9.4.º del RD 240/2007].

A nuestro juicio, además, no debe haber tampoco ningún problema para que la mujer extranjera, en este segundo caso, trate de poner fin a la situación de dependencia que mantiene respecto de su marido o pareja, solicitando, al amparo de la normativa general de extranjería (cuya aplicación a quienes se hallan sujetos al régimen comunitario, no hay que olvidar, viene permitida en aquellos aspectos que puedan serles más favorables –artículo 1.3.º LOE y disposición final cuarta RD 240/2007–), una autorización de residencia temporal independiente, autorización para la que, como se verá más adelante, tan solo se exige haber obtenido una orden judicial de protección, o, en su caso, informe del Ministerio Fiscal [artículo 41.2.b) Reg.LOE].

2.º) La mujer extranjera solicita y obtiene la orden de protección o el informe del Ministerio Fiscal mientras se halla pendiente el procedimiento sobre crisis matrimonial o, en su caso, la decisión de la cuestión de la cancelación de la inscripción registral como pareja.

En este segundo supuesto, al igual que se dijera en el supuesto anterior para el caso en que la mujer, tras la obtención de la orden de protección o el informe del Ministerio Fiscal, inicia un procedimiento de crisis matrimonial o solicita la cancelación de su inscripción registral como pareja, mantendrá la mujer extranjera su derecho de residencia bajo régimen comunitario hasta en tanto la autoridad que esté conociendo de la crisis matrimonial o se haya de pronunciar de la cancelación de la inscripción registral como pareja dicte su resolución y ésta devenga firme.

Si tal resolución recae antes que la decisión que dicte el órgano jurisdiccional penal competente (Juzgado de Violencia sobre la Mujer o Juzgado de lo Penal), el plazo de 6 meses comenzará a correr el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la correspondiente resolución civil, al poder acreditarse provisionalmente en tal fecha, bien a través de la orden de protección que en favor de la mujer se hubiere acordado o, en su caso, del informe que el Ministerio Fiscal haya podido emitir, la existencia de violencia doméstica [aunque el derecho a beneficiarse de dicho

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

plazo podría también obedecer al hecho de concurrir alguna de las circunstancias previstas en las letras a), b) o d) del artículo 9.4.º del RD 240/2007], pudiendo dicho plazo, de llegar a agotarse sin haber recaído aún sentencia penal, prorrogarse hasta en tanto se dicte esta última. Pero, como se dijera en el supuesto anterior, para que ello sea así, será necesario que la referida sentencia penal sea de condena. En caso contrario, la mujer extranjera que no haya solicitado el cambio de régimen inmediatamente después de la adopción de la correspondiente resolución civil [o dentro del plazo de 6 meses del que, desde la firmeza de la resolución, hubiera podido a tal efecto disfrutar por concurrir alguna de las circunstancias de las letras a), b) o d) del artículo 9.4.º, en el supuesto, claro está, de que la sentencia penal haya recaído en un momento posterior], habrá pasado automáticamente a encontrarse en situación irregular en el marco del régimen general de extranjería, pudiendo únicamente acogerse a los supuestos de regularización por arraigo previstos en el artículo 45.2.º del Reg.LOE.

Ahora bien, si es la resolución penal la primera en ver la luz, la mujer extranjera mantendrá su derecho de residencia hasta en tanto se adopte la decisión civil y ésta devenga firme, comenzando en este momento a correr el plazo de 6 meses del que dispondrá para solicitar el cambio de régimen, siempre, claro está, que sea de condena la sentencia penal que en su momento hubiera recaído [aunque cabe también la posibilidad de que el derecho a beneficiarse de dicho plazo responda al hecho de concurrir alguna de las circunstancias previstas en las letras a), b) o d) del artículo 9.4.º del RD 240/2007]. De no ser así [y no darse tampoco ninguna de las aludidas circunstancias del artículo 9.4.º del RD 240/2007], la mujer extranjera deberá solicitar el cambio de régimen inmediatamente después de recaer la decisión civil –en concreto durante el tiempo en que esta última carece aún de firmeza–, so pena de quedar en situación irregular.

3.ª) La mujer extranjera solicita y obtiene la orden de protección o el informe del Ministerio Fiscal tras haber recaído sentencia sobre crisis matrimonial o, en su caso, conseguido la cancelación de la inscripción registral como pareja.

En este tercer supuesto, a su vez, sería preciso distinguir dos situaciones:

• La mujer, aunque solicita y obtiene la orden de protección o el informe del Ministerio Fiscal tras haber recaído sentencia sobre crisis matrimonial o, en su caso, conseguido la cancelación de la inscripción registral como pareja, fue víctima de violencia durante el matrimonio o situación de pareja y lo sigue siendo con posterioridad.

En esta primera situación, ciertamente, caben dos posibilidades:

– la mujer, obtenida la sentencia sobre crisis matrimonial, o, en su caso, conseguida la cancelación de la inscripción registral como pareja, se encuentra en alguno de los supuestos previstos en las letras a), b) o d) del artículo 9.4.º del RD 240/2007 –lo que la hace beneficiaria, desde el día siguiente a aquél en que la decisión civil deviene firme, del plazo de 6 meses previsto en el último inciso del artículo 9.4.º para solicitar el paso del régimen comunitario al régimen general de extranjería–.

La obtención por parte de la mujer de una orden de protección o, en su caso, del informe del Ministerio Fiscal, dentro del mencionado plazo determinará la ampliación de este último hasta en tanto recaiga la correspondiente resolución penal. Pero tal ampliación, como ya se ha indicado, solo será efectiva de consistir aquélla en una sentencia de condena. De no ser así, cabrá entender la ampliación no verificada, por lo que, de no haber solicitado la mujer extranjera el cambio al régimen general de extranjería en el plazo de 6 meses del que disponía inicialmente, pasará, automáticamente, a encontrarse en situación irregular en España, al estimarse que aquélla dejó de estar bajo régimen comunitario el último día del referido plazo de 6 meses. La única posibilidad de regularización que en tal caso tendrá la mujer extranjera será el arraigo (artículo 45.2.º Reg.LOE).

En cambio, si la orden de protección o el informe del Ministerio Fiscal es solicitado y obtenido transcurridos ya 6 meses desde que recayera la decisión civil poniendo fin al procedimiento de crisis matrimonial o acordando la cancelación de la correspondiente inscripción registral como pareja, la obtención de dicha orden o informe no tendrá ningún efecto en la situación administrativa de la mujer extranjera, pues ésta, en el plazo de 6 meses por el que se le prorrogó su derecho de residencia conforme al régimen comunitario, habrá debido proceder al cambio de régimen, disponiendo ya de la preceptiva autorización de residencia en el marco del régimen general de extranjería.

– La mujer, obtenida la sentencia sobre crisis matrimonial, o, en su caso, conseguida la cancelación de la inscripción registral como pareja, no se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en las letras a), b) o d) del artículo 9.4.º del RD 240/2007.

En este caso, la mujer extranjera, que no tendrá derecho al plazo adicional de 6 meses, deberá solicitar de inmediato, antes de que la resolución civil devenga firme, el paso al régimen general de extranjería mediante la obtención de una autorización de residencia conforme a lo dispuesto en el artículo 96.5.º del Reg.LOE, so pena de devenir, en el marco ya de la normativa general de extranjería, en situación irregular.

De haber solicitado y conseguido la preceptiva autorización de residencia en el marco del régimen general de extranjería, la obtención por parte de la mujer extranjera, en cualquier momento posterior, de una orden de protección o, en su caso, del correspondiente informe del Ministerio Fiscal, aun en el supuesto de que éstos vengan seguidos de una sentencia de condena, no tendrá ningún efecto en su régimen de extranjería.

De no ser así, la obtención de la referida orden o informe sí que va a poder incidir en la regularización de la mujer extranjera que haya pasado de estar bajo régimen comunitario a encontrarse en situación irregular en el marco del régimen general de extranjería. Dicha orden o informe, efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.4.a) del Reg.LOE, al que aludiremos más adelante, le permitirá solicitar y obtener, siempre que se den los requisitos que el mencionado precepto establece (fundamentalmente el que la orden o informe venga refrendado por una sentencia penal de condena por delito, que no por falta), una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, en concreto por razones humanitarias, y, dentro de

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

éstas, por violencia ejercida en el entorno familiar. En caso contrario, solo le quedará a la mujer extranjera la posibilidad de solicitar y obtener una autorización de residencia por arraigo (artículo 45.2.º Reg.LOE), de reunir las condiciones necesarias para ello.

• La mujer no fue víctima de violencia de género durante el matrimonio o situación de pareja, pero lo es tras haber recaído sentencia sobre crisis matrimonial o, en su caso, conseguido la cancelación de la inscripción registral como pareja.

Esta circunstancia sólo nos lleva a variar cuanto se viene de afirmar en el caso de que la mujer extranjera, recaída sentencia sobre crisis matrimonial o cancelada su inscripción registral como pareja, se encuentre en alguno de los supuestos de las letras a), b) o d) del artículo 9.4.º del RD 240/2007 y, además, obtenga la orden de protección o, en su caso, el informe del Ministerio Fiscal, dentro del plazo de 6 meses del que dispone para solicitar el cambio de régimen. Y ello por cuanto al dictarse la referida orden, o emitirse el correspondiente informe, por la violencia ejercida fuera ya del matrimonio o de la situación de pareja, no será ya posible vincular ni a la orden ni al informe una ampliación del referido plazo hasta la fecha de la sentencia penal, en los términos en que se pronuncia el apartado 2.º del artículo 9.4.º. De ahí que la mujer extranjera, para evitar pasar a situación irregular, deba solicitar conforme a lo dispuesto en el artículo 96.5.º del Reg.LOE, y dentro del plazo de 6 meses del que dispone para ello, la correspondiente autorización de residencia.

De no hacerlo, y una vez en situación irregular en el marco del régimen general de extranjería, tendrá la mujer la posibilidad de conseguir su regularización mediante la obtención de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, sea por razones humanitarias [pues la violencia a la que se refiere el artículo 45.4.a) del Reg.LOE no es necesario que se haya ejercido durante la vigencia del matrimonio o de la pareja], o, de no poder obtener ésta por no concurrir los requisitos necesarios para ello, por arraigo (artículo 45.2.º Reg.LOE), en el supuesto, claro está, de que cumpla aquélla las condiciones que a tal efecto se precisan.

2. Mujer en situación de estancia

Nada establece el RD 240/2007 respecto a la posibilidad de que una mujer extranjera que, a título derivado, se halle sujeta al régimen comunitario, y se encuentre en territorio español en situación de estancia, pueda prolongar su permanencia legal en nuestro país en los casos en que, durante su período de estancia en España, sea víctima de violencia de género por parte de su cónyuge o pareja registrada. Ahora bien, el hecho de que en el citado RD no encontremos previsión específica al respecto, en modo alguno significa que tal posibilidad quede excluida.

En efecto, ante la falta de previsión sobre este extremo en el RD 240/2007, se impone el recurso, con carácter subsidiario, a lo establecido en la normativa general sobre extranjería. Y, dentro de ésta, sí que cabe encontrar una vía para hacer posible la permanencia en nuestro país de la mujer extranjera que se halle en la situación que ahora nos ocupa. En concreto, queda abierta para ella la posibilidad de solicitar y obtener una autorización de residencia por circunstancias excepcionales en su modalidad de autorización por razones humanitarias [artículo 45.4.a) Reg.

LOE]. Ciertamente es que es ésta una vía pensada fundamentalmente para el caso de la mujer extranjera que se encuentre en nuestro país en situación irregular en el marco del régimen general de extranjería. Sin embargo, no hay nada en principio que impida el recurso a esta vía en los casos objeto de análisis. Así, de hecho, viene confirmando la práctica, donde cabe constatar cómo las autoridades de extranjería no ponen impedimento alguno a la utilización del artículo 45 del Reg.LOE por parte de ciudadanos extranjeros en situación regular en España, como es el caso de los estudiantes.

a') Mujer sujeta al régimen de asilada o al régimen general de extranjería

1. Mujer en situación de residencia

En el caso de que la mujer extranjera sea víctima de violencia de género y ésta sea ejercida por su cónyuge o pareja que ostente la condición de asilado, a falta de previsión específica en la legislación española sobre asilo, habrá que atender a lo establecido en la normativa general de extranjería, en concreto en los artículos 19 de la LOE y 41 del Reg.LOE. Tales preceptos, es cierto, enuncian los supuestos en que el cónyuge reagrupado por un extranjero residente legal en España y sujeto a la normativa general de extranjería va a poder obtener una autorización de residencia independiente de la del reagrupante, siendo, por tanto, las disposiciones que están llamadas a ser aplicadas en los casos en que la mujer extranjera víctima de violencia de género se halle casada con un ciudadano extranjero sujeto al régimen general de extranjería y, en su condición de cónyuge, haya sido reagrupada por éste último. No obstante, sobre la base de la asimilación de la situación de la mujer extranjera que sea cónyuge o pareja de un asilado a la de la mujer que, como cónyuge de un ciudadano extranjero sujeto al régimen general de extranjería, haya sido reagrupada por éste último, habida cuenta de la situación de residencia “dependiente” que una y otra presentan, bien se puede mantener la aplicación analógica a la primera de lo establecido respecto a la segunda en los mencionados preceptos.

Según el citado artículo 41 del Reg.LOE, además de en los supuestos en que la mujer extranjera lleve residiendo en España 5 años, en los que tendrá derecho a obtener una autorización de residencia permanente “independiente” (artículo 41.1.º), aquélla tendrá asimismo la posibilidad de obtener una autorización de residencia “independiente”, en este caso temporal, (entre otros) en los supuestos en que haya sido víctima de violencia de género, circunstancia ésta que acreditará con la correspondiente orden judicial de protección [artículo 41.2.b)] o, de ser imposible la adopción de esta última, con el informe que emita el Ministerio Fiscal (Instrucción Primera de las Instrucciones 5/2008 de la DGI)³¹. Es importante destacar que, en esta ocasión, la violencia de género, debidamente acreditada, es considerada por sí sola motivo para la obtención de una autorización de residencia “independiente”, sin venir ligada, como en el caso de la mujer extranjera residente en España en régimen comunitario, a la existencia de una sentencia de nulidad, divorcio o separación legal (o a la terminación de la relación de pareja, en el caso de

(31) El artículo 41 prevé asimismo la posibilidad de que la mujer extranjera obtenga autorización de residencia temporal “independiente” de conseguir una autorización para trabajar (artículo 41.1.º) o de obtener una sentencia de nulidad, divorcio o separación legal, aunque sólo en los casos en que se acredite la residencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos 2 años [artículo 41.2.a)].

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

mujer extranjera sujeta a título derivado al régimen de asilo), y sin que para su consideración se exija que la orden de protección o el informe del Ministerio Fiscal venga seguido de una resolución judicial penal de condena. No se alude tampoco a la necesidad de que la violencia haya sido ejercida durante la vigencia del matrimonio (o durante la relación de pareja, en el caso de la mujer extranjera sujeta a título derivado al régimen de asilo), si bien tal exigencia se infiere claramente del hecho de que la aplicación del artículo 41 esté prevista únicamente para los casos de residencia “dependiente”, residencia esta última que desaparece cuando lo hace la situación de la que trae causa, que, en el supuesto que nos ocupa, no es otra que el matrimonio (o, en su caso, la relación de pareja). Piénsese que, de tener lugar el otorgamiento de la orden de protección o la emisión del informe del Ministerio Fiscal después de haber recaído sentencia de nulidad, divorcio o separación legal (o una vez terminada, en su caso, la relación de pareja), por violencia ejercida con posterioridad a esto último, la obtención de la referida orden o del mencionado informe resultará irrelevante a los efectos de la utilización de la “vía de estabilización” prevista en el artículo 41.2.b) del Reg.LOE, pues, una vez dictada la decisión judicial sobre crisis matrimonial (o terminada, en su caso, la relación de pareja), o bien ya habrá conseguido la mujer, precisamente por tal motivo, una autorización de residencia “independiente” [téngase presente que la obtención de la nulidad, el divorcio o la separación legal, según el artículo 41.2.a) del Reg.LOE, constituye en sí misma causa suficiente para que la mujer extranjera en situación de residencia “dependiente” pueda conseguir una autorización de residencia “independiente”, siempre que se acredite la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos 2 años –afirmación que, a nuestro juicio, cabría igualmente extender a los supuestos de terminación de la relación de pareja, en el caso de la mujer extranjera sujeta a título derivado al régimen de asilo–], o bien habrá pasado ya a encontrarse en situación irregular, lo que hará inviable el recurso a la referida “vía de estabilización”. No obstante, en este último supuesto, la obtención de la orden de protección o del informe del Ministerio Fiscal sí que podrá servir a la mujer extranjera para recuperar su situación de regularidad por la vía del artículo 45.4.a) del Reg.LOE, pero siempre y cuando, como ya se ha apuntado, venga aquella seguida de una sentencia de condena por delito.

La interesada, una vez obtenida, ex artículo 41 del Reg.LOE, una autorización de residencia “independiente”, podrá solicitar en cualquier momento, si así lo desea, la conversión de dicha autorización, que no la habilita para trabajar en España, en una autorización temporal de residencia y trabajo, atendiendo para ello a lo dispuesto en el artículo 96 del Reg.LOE³². A tal efecto, deberá acreditar que cumple los requisitos laborales exigidos en el artículo 50 del Reg.LOE, salvo los de los párrafos a) y f), si lo que pretende es trabajar por cuenta ajena (la solicitud, recuérdese, corresponderá presentarla al empleador), y si lo que desea es ser autorizada a trabajar por cuenta propia, que reúne los requisitos del artículo 58, excepto el de la letra f) (la presentación de la solicitud, en este supuesto, la llevará a cabo la propia interesada). En ningún caso le resultará exigible a la mujer extranjera el plazo de un año de residencia legal en España que, con carácter general, establece el párrafo 1.º del artículo 96, tal y como dispone este último precepto en su párrafo 3.º.

(32) Recuérdese lo indicado supra nota 26.

2. Mujer en situación de estancia

El legislador español no prevé ninguna vía específica de “estabilización” para el caso de la mujer extranjera que, hallándose en España en situación de estancia legal “dependiente” en el marco del régimen general de extranjería, por haber sido reagrupada por su cónyuge nacional de tercer país (piénsese en el supuesto de la mujer extranjera casada con ciudadano extranjero titular de una autorización de estancia por estudios), sea víctima en nuestro país de la violencia ejercida sobre ella por este último, no pudiéndose tampoco proceder en tal caso a una aplicación analógica de lo establecido en el artículo 41 del Reg.LOE, puesto que la situación de la mujer extranjera en el supuesto que ahora nos ocupa, pese a su carácter “dependiente”, es de estancia, y este último precepto se halla referido a los familiares “dependientes” en situación de residencia.

Indiscutiblemente, en este punto hay que hablar de una laguna. Sin embargo, ello en ningún caso significa que la mujer extranjera que se halle en tal situación no tenga a su alcance ninguna vía para garantizar su permanencia legal en España. Aquella, efectivamente, tiene la posibilidad de recurrir a la vía que específicamente arbitra el legislador español en el artículo 45.4.a) del Reg.LOE para la regularización de las mujeres extranjeras que, hallándose en España en situación irregular, sean víctimas de violencia de género, como es la obtención de una autorización de residencia por razones humanitarias. Y, de no poder servirse de ella, por no reunir los requisitos que a tal efecto se exigen, siempre tendrá la opción, en la medida en que cumpla las condiciones que para ello se requieren, de solicitar y obtener una autorización de residencia por arraigo del artículo 45.2.º del Reg.LOE.

b) Mujer extranjera en situación regular “independiente” del agresor

No deberá tener ningún temor a denunciar la situación de violencia de género de la que sea víctima, a solicitar de las autoridades judiciales competentes la adopción de una orden de protección o a poner fin a su relación matrimonial o de pareja, la mujer extranjera que se halle en España en situación de residencia “independiente”, sea en el marco del régimen comunitario (por ostentar la nacionalidad de un Estado miembro de la UE, delEEE o de Suiza), en el especial de asilada o apátrida (cuando, a título principal, le haya sido reconocido por las autoridades españolas tal estatuto) o en el régimen general de extranjería (de ser nacional de un tercer Estado y disponer de una autorización de residencia permanente, de una autorización de residencia temporal “independiente” o de una autorización de residencia temporal y trabajo, sea ésta por cuenta propia o ajena), de igual manera que tampoco lo deberá tener aquella mujer extranjera que, en el marco de régimen general de extranjería, se encuentre en España en situación de estancia “independiente” por estudios. Y ello, por cuanto su situación legal en España en ningún caso se va a ver afectada por ninguna de las referidas medidas.

Concretamente, la mujer extranjera cuyo título de permanencia en España no la habilite para trabajar, como será el caso de aquella que, sujeta al régimen general de extranjería, disponga de una autorización de residencia temporal independiente o de una autorización de estancia “independiente” por estudios, sin perjuicio de la posibilidad de acogerse a las ayudas econó-

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

micas previstas para las víctimas de violencia de género³³, tendrá a su alcance, si así lo desea, la posibilidad de ejercer una actividad laboral o profesional, debiendo para ello solicitar previamente de la autoridad española competente la concesión de una autorización que la habilite a tal efecto. Así, de disponer aquélla de una autorización de residencia temporal “independiente”, podrá obtener, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del Reg.LOE, una autorización de residencia temporal y trabajo, sea ésta por cuenta ajena [siempre que cumpla los requisitos del artículo 50, salvo los de las letras a) y f)] o propia [de reunir los requisitos del artículo 58, excepto el de la letra f)], no debiéndosele tampoco exigir en este caso, por aplicación analógica de lo establecido en el párrafo 3.º del artículo 96, el plazo de un año de residencia legal en España previsto con carácter general en el párrafo 1.º del artículo 96³⁴. Y, de hallarse la misma en situación de estancia por estudios, o bien deberá proceder al cambio de su situación por la de residencia y trabajo, siempre y cuando cumpla los requisitos que a tal efecto exige el artículo 95 del Reg.LOE, y previa presentación de la correspondiente solicitud de autorización de residencia y trabajo por parte del empleador (puesto que sólo se le permitirá trabajar por cuenta ajena), o bien deberá obtener, también previa solicitud por parte del empleador, la autorización especial para trabajar por cuenta ajena que, para los estudiantes, prevé el artículo 90 del Reg.LOE, autorización esta última que, es preciso recordar, requiere para su concesión el cumplimiento de estrictos requisitos, y, además, queda sujeta a importantes límites de carácter temporal y geográfico. En todo caso hay que tener presente que, en este último supuesto, la mujer extranjera permanecerá en situación de estancia. De desear aquélla cambiar su situación de estancia por la de residencia y no poder hacerlo por la vía del artículo 95 del Reg.LOE, nada le impedirá recurrir a tal efecto a la vía del arraigo (artículo 45.2.º Reg.LOE), vía esta última cuya utilización, como se ha indicado, no parece cerrarse a las personas que se encuentren en España en situación regular y que, además, conlleva la posibilidad de trabajar.

Por lo que respecta a la mujer extranjera titular de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, ésta no deberá tener en principio mayor problema para conseguir la renovación de su autorización. Ni siquiera en el caso de no poder justificar el período de actividad laboral mínimo de 6 meses requerido a tal efecto en el artículo 54.3.º del Reg.LOE, por haber tenido que abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género. Téngase presente a este respecto, por un lado, que el artículo 54.4.º del Reg.LOE admite la renovación de la autorización de haber existido un período de actividad de al menos 3 meses por año y acreditarse que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad, calificándose precisamente como tal el hecho de ser víctima de violencia de género (Instrucción Tercera, apartado 1.º, de las Instrucciones 5/2008 de la DGI). Además, no hay que olvidar que, según el artículo 54.5.º del Reg.LOE, la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena será asimismo posible en el caso de que la mujer trabajadora se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 38.3.b) y c) de la LOE, como son el ser beneficiaria, bien de una prestación contributiva

(33) Vid. supra nota 27.

(34) Recuérdense lo indicado supra nota 26.

por desempleo³⁵, bien de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral, como puede ser la renta activa de inserción, considerándose igualmente incluidas entre éstas las recibidas por la víctima en forma de prestación económica vía pago único en los 24 meses anteriores a la solicitud de la renovación de la autorización (Instrucción Tercera, apartado 1.º, de las Instrucciones 5/2008 de la DGI). A la vista de lo expuesto, la mujer extranjera únicamente se podrá encontrar con dificultades a la hora de renovar su autorización en el caso en que, no pudiendo acogerse a las ayudas económicas previstas a favor de las víctimas de violencia de género por no cumplir los requisitos necesarios para ello, no consiga acreditar el mínimo de 3 meses de actividad por año.

Algo más difícil lo puede tener, a efectos de conseguir la renovación de su autorización, la mujer extranjera titular de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia que, como consecuencia de la violencia de género sufrida, se haya visto obligada a cesar en su actividad y, por tanto, se haya visto en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones de Seguridad Social. Y ello pese a que en tales supuestos, según el artículo 21.5 de la Ley Orgánica 1/2004, se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de 6 meses, período que se considerará a todos los efectos como de cotización efectiva, circunstancia esta última que, como indica la Instrucción Tercera, apartado 2.º, de las Instrucciones 5/2008 de la DGI, deberá ser tenida en cuenta en orden a la renovación de la correspondiente autorización de residencia y trabajo, para la cual requiere el artículo 62 del Reg.LOE el cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social. El problema, obviamente, se planteará en aquellos supuestos en que la mujer se haya visto obligada a cesar en su actividad durante un período superior a 6 meses, pues, al no cumplir en tales casos la interesada el requisito al que se viene de aludir, su solicitud de renovación será denegada. No obstante, cuando así suceda, y una vez en situación irregular, podrá la mujer extranjera acogerse a las vías de regularización previstas en el artículo 45 del Reg.LOE, ya sea la que se contempla en la letra a) de su apartado 4.º, por existir orden de judicial protección o informe del Ministerio Fiscal y, además, sentencia penal de condena por delito, o de no ser así, cualquiera de las establecidas en su apartado 2.º, siempre, claro está, que se den las condiciones necesarias para ello. Además, en tales casos, nada impedirá que la mujer, anticipándose a la denegación de la renovación de su autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, pueda solicitar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 del Reg.LOE, el cambio de cuenta propia a cuenta ajena³⁶.

(35) En este punto, hay que recordar que, según el artículo 21.2.º de la Ley Orgánica 1/2004, el tiempo de suspensión de la relación laboral que se produce en los casos en que la mujer, como consecuencia de ser víctima de violencia de género, se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo –artículos 45.1.n) y 49.1.m) del Estatuto de los Trabajadores, introducidos asimismo por la Ley Orgánica 1/2004–, se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo.

(36) Téngase presente que también en este procedimiento, al igual que en los de modificación de la situación de residencia por la de residencia y trabajo de los artículos 96 y 98 del Reg.LOE, en el caso de víctimas de violencia de género, la Instrucción Cuarta de las Instrucciones 5/2008 de la DGI impone el respeto de los principios de impulso de oficio y celeridad de los artículos 74 y 75 de la Ley 30/1992, así como el recurso, siempre que sea posible, a la vía de tramitación preferente que prevé el artículo 74.2.º de dicha Ley.

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

Finalmente, debemos destacar que la obtención de una orden de protección o, en su caso, de informe del Ministerio Fiscal, sí que llegará a tener relevancia en el caso particular de la mujer extranjera que se encuentre en nuestro país en situación de estancia “independiente” de corta duración –turismo, visita familiar...–, sea en el marco del régimen comunitario (por ser nacional de un país de la UE, EEE o de Suiza) o en el general de extranjería (de ser aquélla nacional de un tercer país), y haya sido víctima durante su estancia en España de violencia de género. Y ello por cuanto en tal supuesto nada impide que aquélla, una vez obtenida la correspondiente orden de protección o informe del Ministerio Fiscal, solicite una autorización de residencia por circunstancias excepcionales conforme a lo previsto en el ya mencionado artículo 45.4.º a) del Reg.LOE, autorización que, una vez concedida, le garantizará la posibilidad de permanecer legalmente en España, y ya no en situación de estancia, sino de residencia.

Esta última posibilidad, indiscutiblemente, también quedará al alcance de la mujer extranjera víctima de violencia de género que, hallándose en España en situación de estancia “independiente” por estudios, desee pasar a la situación de residencia y no lo pueda hacer por el cauce previsto en el artículo 95 del Reg.LOE. Pero hay que tener en cuenta que la autorización que por esta vía pueda aquélla conseguir en ningún caso llevará aparejada la posibilidad de trabajar. Para poder realizar esto último, la mujer extranjera, tras la obtención de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, deberá solicitar personalmente la correspondiente autorización para trabajar, solicitud que podrá presentar en cualquier momento durante la vigencia de aquélla, incluso de manera simultánea con la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales. En cualquier caso, el cambio de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por una autorización de residencia y trabajo se habrá de llevar a cabo al amparo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 del Reg.LOE^{37 38}.

c) Mujer extranjera en situación irregular

Como ya se ha apuntado, el legislador español, en el artículo 45.4.a) del Reg.LOE, trata de proteger a aquellas mujeres extranjeras que, hallándose en España en situación irregular, sean víctimas de violencia de género (independientemente de que esta violencia se ejerza durante el matrimonio o relación de pareja o tras su terminación), brindándoles la posibilidad de obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales en la modalidad de autorización por razones humanitarias (vía ésta que, como asimismo se ha visto, en ningún caso se cierra a quienes se encuentran en España en situación regular, siendo de hecho la vía a la

(37) Vid. supra nota 26.

(38) Téngase presente que, una vez formulada la solicitud, y llevada a cabo la grabación de esta última, se asignará a la solicitante un NIE, NIE con el que, en la práctica (pese a no haber obtenido aún la autorización que a tal efecto exige la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 22 de noviembre de 2006, 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. 291, de 6 de diciembre de 2006–), se admitirá su inscripción en el correspondiente Servicio Público de Empleo, abriéndosele con ello la posibilidad de solicitar aquellas ayudas económicas en favor de las víctimas de violencia de género para las que se requiere precisamente tal inscripción.

que pueden acudir tanto las extranjeras que sean víctimas de violencia de género durante una estancia de corta duración en España y deseen, tras la denuncia de los hechos, prolongar su permanencia legal en nuestro país en régimen de residencia, como aquellas otras que sufran dicha violencia durante su período de estancia en España por razón de estudios y pretendan pasar de la situación de estancia legal por estudios a la de residencia, por no poder llevar a cabo esto último por la vía del artículo 95 del Reg.LOE). Como ya se dijera de la “vía de estabilización” prevista en el artículo 41 del Reg.LOE, también en esta ocasión la violencia de género es considerada por sí sola motivo para la obtención de una autorización de residencia “independiente”, sin venir ligada, como en el caso del artículo 9.4.º del RD 240/2007, a la existencia de una sentencia de nulidad, divorcio o separación legal o a la terminación de la relación de pareja. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el artículo 41 del Reg.LOE, la “estabilización” de la mujer extranjera queda condicionada en este caso al hecho de que recaiga contra el agresor sentencia penal de condena, y además por delito, que no así por falta.

Según el artículo 46.3.º del Reg.LOE, la solicitud de esta modalidad de autorización se podrá presentar una vez que se haya dictado a favor de la víctima una orden judicial de protección (admitiéndose igualmente como válido, tras la aprobación de las Instrucciones 5/2008 de la DGI, el informe que el Ministerio Fiscal, ante la imposibilidad de adoptar la citada orden, emita declarando la existencia de indicios de violencia –Instrucción Segunda–), si bien advierte que la autorización no se podrá conceder hasta en tanto recaiga la correspondiente sentencia penal de condena. Así pues, queda claro que lo esencial para la concesión de este tipo de autorización es la existencia de una sentencia de condena por delito, y no tanto la obtención de una orden de protección (o informe del Ministerio Fiscal), que no es más que un medio de acreditación provisional de la existencia de violencia de género, razón por la cual no debe haber ningún problema en admitir la solicitud que pueda presentar aquella mujer que, habiéndose limitado sin más a denunciar su situación, sin solicitar orden de protección, haya acabado siendo reconocida como víctima en la correspondiente sentencia penal por delito, y acompañe esta última a su solicitud.

En cualquier caso, lo que es evidente es que la “estabilización” de la mujer extranjera en situación irregular que sea víctima en nuestro país de violencia de género pasa inevitablemente por la denuncia de los hechos ante las autoridades españolas, ya se solicite o no asimismo de estas últimas la adopción de una orden de protección. Y, en este punto, se hace necesario destacar la relevancia que, en estos momentos, puede llegar a tener para la víctima extranjera el lugar donde se presente la denuncia y, en su caso, la solicitud de orden de protección. Como es sabido, la víctima (o quien en su lugar lo haga) puede presentar la denuncia ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ante el Juzgado de Violencia o de Guardia o ante el Ministerio Fiscal, mientras que el abanico de lugares donde puede solicitar la orden de protección es aún más amplio, pues, a la luz de lo dispuesto en el artículo 2.3.º de la Ley 27/2003 y en el Protocolo para su implantación, tal solicitud se podrá presentar en cualquier Comisaría de Policía, puesto de la Guardia Civil o dependencias de las Policías Autonómicas o Locales, en las Oficinas de Atención a la Víctima, en los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones Públicas, en los Servicios de Orientación Jurídica de los Colegios de Abogados o directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal (quienes también podrán acordar-

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

la de oficio). Sin embargo, hay que señalar que el recurso a algunas de estas vías puede acabar teniendo consecuencias negativas para la víctima extranjera que trate de obtener protección de las autoridades españolas.

En concreto, debemos admitir que, hoy por hoy, el recurso a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para la presentación de la denuncia y de la solicitud de orden de protección tiene sus riesgos. Y ello, por cuanto los funcionarios pertenecientes a tales Cuerpos, además de atender debidamente a la víctima de violencia de género, proporcionándole la asistencia y protección que pueda necesitar e informándole de sus derechos –entre ellos, el de solicitar la orden judicial de protección y, tras la concesión de ésta, una autorización de residencia temporal–, así como de tramitar las correspondientes diligencias policiales a la autoridad judicial –y, en su caso, la solicitud de orden de protección que ante los mismos se haya podido formular–, teniendo para ello en cuenta el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los órganos jurisdiccionales para la protección de las víctimas de violencia de género, al que se remite el artículo 31.3.º de la Ley Orgánica 1/2004, vienen también obligados a dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad³⁹ y en la propia normativa de extranjería, y, dentro de ésta, en particular, a lo establecido en materia de infracciones y sanciones, debiendo, por tanto, llevar a cabo las actuaciones necesarias para la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por estancia irregular en España.

Precisamente en aras de conjugar los intereses protegidos por el legislador en las distintas normativas a las que se acaba de aludir, así como de dar cumplimiento a lo establecido en las mismas, la Secretaría de Estado de Seguridad dictó la Instrucción 14/2005, de 29 de julio, sobre actuación de las dependencias policiales en relación con las mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular, Instrucción que, con razón, dada la revictimización que provoca en la mujer extranjera, ha sido fuertemente criticada desde distintas instancias⁴⁰. Esta última, es verdad, comienza dejando claro que, una vez formulada por la víctima la denuncia y la solicitud de orden de protección, el titular de la Dependencia policial –a quien el funcionario actuante habrá debido comunicar la presentación de la correspondiente denuncia y solicitud, así como la situación irregular de la denunciante–, en aplicación del artículo 114 del Reg.LOE, viene en todo caso obligado a dictar acuerdo disponiendo la práctica de Actuaciones Previas a la incoación de expediente sancionador y, más tarde, Acuerdo de Iniciación del expediente. Pero, al mismo tiempo, y a fin de garantizar a la víctima los derechos que tanto la LOE como su Reglamento le reconocen, evitándole además en lo posible una mayor victimización, prevé en su favor una serie de medidas. En concreto, la citada Instrucción

(39) BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1986.

(40) Baste mencionar, p.e., las críticas efectuadas por Asociaciones como Jueces para la Democracia (<http://www.jueces-democracia.es/congresos/xxcongreso/doc/Comunicado%20de%20la%20CVG%20para%20Congreso%20de%20Vitoria%202006.pdf>) o la Asociación Independiente de la Guardia Civil (http://www.guardiasciviles.com/ver_noticias.asp?id=3282), así como por ONG como Amnistía Internacional (<http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/mas-vulnerables-mas-desatendidas/>) o CEAR (<http://ania.urcm.net/noticia.php?id=16184&idcat=8&idamb=3>). Por lo que respecta a la doctrina, vid. RAMOS QUINTANA, M.I.: “Mujeres inmigrantes: la doble discriminación”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 12, 2006, p. 19.

prevé: 1) que el órgano competente para ordenar la incoación del procedimiento sancionador posponga la apertura de este último hasta un mes después de que recaiga la referida orden de protección, y 2) que, una vez dictado el correspondiente Acuerdo de Iniciación del expediente sancionador, y en la medida en que se constate que la interesada, en el mes siguiente a la fecha en que se haya dictado la orden de protección, ha formulado solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, en aplicación de lo establecido en los artículos 45.4.a) y 46.3.º del Reg.LOE, el procedimiento quede en suspenso hasta en tanto recaiga la resolución sobre su petición de autorización de residencia. No obstante, la conclusión que de la lectura de la referida Instrucción cabe extraer es clara: el recurso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para la presentación de la denuncia y, en su caso, de la solicitud de orden de protección va a acabar teniendo en todos los supuestos consecuencias negativas o perjudiciales para la mujer extranjera en situación irregular.

Indudablemente, la opción de presentar la denuncia y solicitar en su caso la orden de protección ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado resultará perjudicial para la mujer extranjera en situación irregular en cualquiera de los siguientes supuestos:

1.º) cuando la mujer se limite sin más a denunciar los hechos y no solicite la adopción de una orden de protección, al igual que en el caso en que, habiendo solicitado aquella tal orden, la autoridad judicial no llegue a adoptar ninguna medida de protección, pues, tanto en uno como en otro supuesto, la autoridad policial competente dictará de inmediato Acuerdo de Iniciación del expediente sancionador, tramitándose este último por el procedimiento preferente, que concluirá por lo general con una resolución de expulsión (a menos que el instructor del procedimiento haya apreciado otras circunstancias que le hayan llevado a aconsejar una propuesta de resolución de multa y ésta haya sido tomada en consideración por el órgano resolutor);

2.º) cuando, habiendo dictado la autoridad judicial orden de protección, la mujer extranjera no solicite autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales en el plazo de un mes desde que aquella hubiera sido adoptada, puesto que, también en este caso, al término del mencionado plazo, se dictará Acuerdo de Iniciación del procedimiento sancionador, con las mismas consecuencias que en el supuesto anterior (no obstante, se prevé que, si en cualquier momento durante la tramitación del procedimiento, se tuviera constancia de la presentación por la interesada de la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, aquél, como se ha indicado, quedará en suspenso), o

3.º) cuando, habiendo dictado la autoridad judicial orden de protección, la mujer extranjera solicite autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales –verificándose por tal motivo la suspensión, tras la adopción del Acuerdo de Iniciación, del procedimiento sancionador–, pero esta última no sea concedida, bien por haber recaído sentencia penal absolutoria, o bien, en su caso, por haber recaído sentencia de condena, pero por falta [el artículo 45.4.a) del Reg.LOE, no se olvide, exige que la sentencia de condena sea por delito]. En este supuesto, se levantará la suspensión del procedimiento y se proseguirá su tramitación, concluyendo por lo general aquél, como se ha visto, con una resolución de expulsión.

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

Pero es que la opción por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para la presentación de la denuncia y la solicitud de orden de protección va a acabar resultando perjudicial para la mujer extranjera incluso en el supuesto de que, habiendo dictado la autoridad judicial competente en su favor orden de protección, y habiendo formulado la interesada solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, esta última le sea finalmente concedida, posibilitando de este modo la regularización de su situación en España. Y ello por cuanto la interesada, en tal caso, tendrá que enfrentarse al pago de la multa a la que se la va a acabar condenando en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador que contra la misma en su día se hubiera iniciado. La Instrucción 14/2005 es clara en este punto. Según ésta, en el supuesto al que se acaba de aludir, una vez concedida a la mujer la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, el procedimiento se reabrirá y proseguirá, formulando el instructor propuesta de resolución en la que sustituirá la expulsión por multa, y esta última en la menor de las cuantías previstas en la LOE para la infracción cometida [y hay que recordar que, para las infracciones graves, que es la que comete la mujer extranjera en situación irregular en España –artículo 53.a) LOE–, el artículo 55.1.b) de la LOE prevé multa de 301 a 6.000 euros].

En estos momentos, ciertamente, bien se podría decir que, frente al recurso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, resulta más aconsejable para la mujer extranjera en situación irregular la opción de utilizar cualquiera de las restantes vías admitidas para la presentación de la denuncia o de la solicitud de orden de protección. Es verdad que la opción por cualquiera de ellas en modo alguno excluye la posibilidad de que contra la misma se incoe un procedimiento de expulsión. Piénsese que, tanto en los casos en que la denuncia se formule en el propio Juzgado o ante el Ministerio Fiscal, como en aquéllos en que la solicitud de orden de protección (que puede no venir acompañada de denuncia, al llevar ya aquélla implícita una denuncia de los hechos) se presente en cualquiera de los lugares habilitados al efecto distintos de las dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado –solicitud que, una vez recibida, será remitida sin dilación al Juzgado de Violencia o de Guardia–, la autoridad judicial siempre va a acabar requiriendo de la Policía Judicial la práctica de ciertas diligencias, por lo que esta última, inevitablemente, acabará teniendo conocimiento de la situación irregular en que se encuentre la mujer extranjera denunciante y/o solicitante de orden de protección, pudiendo, por tanto, perfectamente, dar cumplimiento a lo establecido en la citada Instrucción 14/2005. Además, hay que tener presente que no hay nada en principio que impida a la autoridades judiciales que conozcan del asunto, constatada la situación irregular de la víctima de la violencia de género, poner este hecho en conocimiento de las autoridades policiales competentes y solicitar de éstas la incoación del correspondiente expediente sancionador (tal y como de hecho hacen con respecto al agresor en situación irregular), expediente este último cuya incoación podrían igualmente requerir de la policía las autoridades de extranjería ante las que la mujer extranjera, una vez obtenida la correspondiente orden judicial de protección, presente su solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales (sin olvidar que, en determinadas provincias que no cuentan aún con Oficina de Extranjeros, es precisamente en Comisaría de Policía donde se exige se lleve a cabo la presentación de la correspondiente solicitud). Sin embargo, no podemos desconocer lo que sucede en la práctica, y ésta nos revela que, en todos estos casos a los que nos acabamos de referir, la situación irregular de la mujer extranjera constituye un extremo que las autoridades acaban obviando, evitando de este modo la incoación contra la

misma de un expediente de expulsión. De ahí que podamos afirmar que la utilización de cualquiera de estas otras vías a las que se viene de aludir en orden a la presentación de la denuncia o de la solicitud de orden de protección, si bien no va a ayudar a la mujer extranjera en situación irregular que no reúna alguno de los requisitos necesarios para la obtención de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, a abandonar su situación de irregularidad, sí que al menos le va a brindar la posibilidad de permanecer en territorio español, aunque sea en situación irregular, sin que exista contra ella una orden de expulsión o, en su caso, una sanción de multa. Y, en el caso de la mujer extranjera que sí que reúna los requisitos para la obtención de tal autorización y, de hecho, acabe consiguiéndola, la opción por cualquiera de tales vías, al no tramitarse contra ella procedimiento sancionador alguno, le permitirá ahorrarse el pago de la multa con la que estaría llamado a cerrarse el procedimiento sancionador que contra ella se incoara. De esta forma, conseguirá aquella regularizar su situación sin tener que pagar más de lo que ya le obliga la normativa de extranjería en concepto de tasas tanto por la tramitación de la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales (35 euros), como por la expedición de la tarjeta de identidad de extranjero que ella debe solicitar en el plazo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización de residencia (10 euros)⁴¹.

En todo caso, a la vista de la situación actual y de la inseguridad que ésta genera entra las víctimas extranjeras indocumentadas, quienes, ante el temor a que contra ella se pueda incoar un procedimiento de expulsión, acaban optando por no denunciar, consideramos indispensable la modificación de la Instrucción 14/2005. Y esta modificación, a nuestro juicio, debería radicar básicamente en la desvinculación, desde un punto temporal, de la obligación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de tramitar las oportunas diligencias policiales y de prestar a las víctimas las medidas de asistencia, protección e información que correspondan, de aquella otra que le incumbe de iniciar las actuaciones relacionadas con la situación administrativa de la víctima en España, cuando ésta sea irregular, posponiendo tales actuaciones hasta el momento en que recaiga resolución sobre su solicitud de autorización de residencia, y solo para el caso en que aquella sea denegatoria, y, de no solicitar la interesada tal autorización, en principio hasta que recaiga la correspondiente sentencia penal de condena. De esta forma, no solo se incentivaría que la mujer extranjera víctima de violencia de género denuncie su situación y, además, lo haga, sin ningún tipo de temor, ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sino que, además, se evitaría la revictimización que para la mujer supone la sanción de multa que, en estos momentos, pese a haber conseguido autorización de residencia, se le acaba imponiendo.

Volviendo nuevamente al análisis de la vía de “estabilización” prevista en el artículo 45.4.a) del Reg.LOE, debemos señalar que la mujer extranjera víctima de violencia de género que consiga regularizar su situación por esta vía, no va a tener en principio la posibilidad de trabajar, al no habilitarle para ello la autorización concedida, según se infiere del artículo 45.7.º del Reg.LOE. No obstante, si durante el año de vigencia que tendrá en todo caso la autorización otorgada (artículo 45.6.º Reg.LOE) deseara la mujer trabajar, deberá ésta solicitar personalmente en los registros de los órganos competentes para su tramitación una autorización para trabajar, solicitud que, según el apartado 2.º del artículo 45.7.º, podrá presentar en cualquier momento

(41) Orden PRE/3654/2007, de 14 de diciembre (BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 2007).

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

(incluso en el momento mismo de solicitar la autorización de residencia por circunstancias excepcionales), acreditando en todo caso, si lo que pretende es trabajar por cuenta ajena (única posibilidad admitida a la luz del tenor literal del artículo 45.7.^º), el cumplimiento de los requisitos establecidos en las letras b), c), d) y e) del artículo 50 del Reglamento, y si lo que pretende es trabajar por cuenta propia (posibilidad que en la práctica viene asimismo admitiéndose), el cumplimiento de los requisitos establecidos en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 58 del texto reglamentario⁴².

En cualquier caso, hay que advertir que la mujer extranjera que haya conseguido regularizar su situación en España mediante la obtención de una autorización de residencia por razones humanitarias, pese a no contar con una autorización para trabajar, sí que va a poder inscribirse como demandante de empleo en los servicios públicos de empleo y en las agencias de colocación, acreditando sin más la posesión de aquella autorización mediante la correspondiente tarjeta de identidad de extranjero o mediante la resolución por la que le hubiere sido concedida [artículo 2.2.d)] Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 22 de noviembre de 2006, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación⁴³), aun cuando no hay que olvidar que, en la práctica, viene admitiéndose tal inscripción antes incluso de que recaiga la correspondiente resolución, al considerarse a tal efecto suficiente la comunicación del NIE que las autoridades de extranjería hayan asignado a la solicitante tras la presentación de su solicitud y grabación de esta última. Y esta inscripción, es preciso recordar, será fundamental para que la mujer extranjera pueda obtener algunas de las ayudas económicas previstas en favor de las víctimas de violencia de género, que requieren precisamente la inscripción en los Servicios Públicos de Empleo⁴⁴.

Transcurrido el año de vigencia de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales concedida a la mujer extranjera, podrá ésta solicitar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 del Reg.LOE, una autorización de residencia o una autorización de residencia y trabajo, siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos para su obtención (artículo 47.3.^º Reg.LOE)⁴⁵. Concretamente, para la obtención de una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, será necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 50 del Reg.LOE, excepto los establecidos en las letras a) y f). Y si lo que se desea es la obtención de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, habrá que demostrar que se cumplen los requisitos del artículo 58 del Reg.LOE, salvo el previsto en la letra f).

(42) Según la Instrucción Cuarta de las Instrucciones 5/2008 de la DGI, también en estos procedimientos, en el caso de víctimas de violencia de género, se impone el respeto de los principios de impulso de oficio y celeridad de los artículos 74 y 75 de la Ley 30/1992, así como el recurso, en la medida de lo posible, a la tramitación preferente del artículo 74.2.^º de dicha Ley.

(43) Cit. supra nota 38.

(44) Tal es el caso, p.e., de la ayuda establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004 o de la renta activa de inserción, en cuyo procedimiento de concesión se requiere la emisión de informe por parte de los Servicios Públicos de Empleo.

(45) Recuérdesse lo indicado supra nota 26.

La solicitud de la nueva autorización podrá presentarla personalmente la propia interesada, salvo en el caso de que esta última, de no haber solicitado durante el año de vigencia de la autorización que inicialmente le fuera concedida, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.7.2.º, una autorización para trabajar, desee obtener una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, pues en este último supuesto será el empleador el sujeto legitimado para presentar la solicitud de autorización de residencia y trabajo (artículo 98.2.º y 3.º Reg.LOE). En todos los casos, la solicitud deberá presentarse durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la autorización inicial, aunque también se admite la posibilidad de que su presentación se lleve a cabo dentro de los 3 meses posteriores a la referida fecha, con la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción cometida (artículo 47.4.º Reg.LOE). La duración de la nueva autorización que se conceda a la mujer extranjera, sea ésta de residencia o de residencia y trabajo, al llevar ya aquella residiendo en España un año, será en principio de 2 años (artículo 98.4.º).

Para terminar, consideramos necesario poner de relieve la grave deficiencia que, a nuestro juicio, supone el que el sistema de “estabilización” que, en favor de las mujeres extranjeras en situación irregular víctimas en España de violencia de género, arbitra la legislación española de extranjería en el artículo 45.4.a) del Reg.LOE, quede limitado únicamente a los supuestos en que recaiga sentencia penal de condena por delito, excluyéndose, por tanto, de este beneficio a las mujeres que, tras haber obtenido orden judicial de protección, vean reconocida su condición de víctimas de violencia de género pero mediante sentencia de condena por falta. ¿O es que acaso son estas últimas menos víctimas que aquellas que obtienen sentencia por delito? Es verdad que la mujer extranjera que se halle en este último supuesto, siempre que reúna los presupuestos que para ello fija la legislación de extranjería, tiene la posibilidad de recurrir a la vía de regularización alternativa que supone el arraigo, en cualquiera de las tres modalidades que contempla el artículo 45.2.º del Reg.LOE (arraigo laboral, arraigo socio-familiar y arraigo por ser hija de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles). Pero, ¿qué sucederá en el caso de que la mujer extranjera no cumpla ninguna de las condiciones a las que este último precepto supedita la obtención del arraigo? ¿Qué alternativa le queda a la víctima en tal supuesto? Lamentablemente, hoy por hoy, la legislación vigente no deja a la víctima en tales ocasiones más alternativa que resignarse a permanecer en situación irregular, a la espera de que, por el transcurso de tiempo, llegue a cumplir los 3 años de permanencia continuada en España exigidos para poder solicitar el arraigo socio-familiar. Y, lo más sangrante: al hallarse aquella en situación irregular, ni va a poder trabajar, ni va a tener tampoco la posibilidad de obtener la mayoría de las ayudas económicas que, en favor de las víctimas de violencia de género, se arbitran, pues la obtención de estas últimas queda en la mayoría de las ocasiones condicionada a la inscripción en los Servicios Públicos de Empleo⁴⁶, inscripción para la que, como ya se ha apuntado, se requiere la posesión de un NIE, del que, como es obvio, carecerá la mujer extranjera que se halle en esta situación. Concretamente, en Andalucía, la mujer extranjera que se encuentre en tal situación únicamente va a poder tener acceso a las ayudas económicas del Instituto Andaluz de la Mujer, reguladas por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar

(46) Vid supra nota 44.

Mujer extranjera víctima de violencia de género y derecho de extranjería

III

Social de 7 de julio de 2005⁴⁷, ayuda para cuya obtención, según se desprende de su tenor literal, no se exige ni que la mujer se halle inscrita en el correspondiente Servicio Público de Empleo, ni que tenga residencia legal en Andalucía⁴⁸.

A nuestro entender, la negativa del legislador a reconocer a las mujeres extranjeras en situación irregular en España que sean víctimas de faltas de violencia de género la posibilidad de regularizar su situación mediante la obtención de una autorización de residencia por razones humanitarias del artículo 45.4.a) del Reg.LOE, resulta a todas luces injustificada. Pero es que, además, en estos momentos, puede decirse que tal negativa contraría abiertamente lo establecido en la Ley Orgánica 1/2004. ¿Permite acaso esta última un trato diferenciado de las víctimas de violencia de género en función de que la violencia sufrida sea calificada como delito o como falta? No siendo así, ¿cómo admitir entonces que, en el marco del Derecho de extranjería, existan normas que contemplen un trato diferenciado de unas y otras? Por otra parte, no debemos ignorar que, dentro de la propia normativa de extranjería, no en todos los casos se trata de manera diferenciada a las víctimas de delitos y de faltas de violencia de género. Baste recordar a este respecto que el RD 240/2007, al configurar en su artículo 9 la “vía de estabilización” para las mujeres extranjeras que, hallándose en situación de residencia “dependiente” bajo régimen comunitario, sean víctimas de violencia de género, simplemente exige que la orden judicial de protección que a favor de ellas se dicte y con la que, con carácter provisional, se acredite la existencia de dicha violencia, venga refrendada por sentencia penal de condena, sin hacer distinción de ningún tipo según que esta última sea por delito o por falta.

Ciertamente, el hecho de que el RD 240/2007 haya sido aprobado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Integral y el Reg.LOE sea de fecha anterior, explicaría en principio que mientras que en aquél no existe discriminación entre víctimas de delito y de falta –discriminación que, como se ha apuntado, la Ley Integral no permite–, en el Reg.LOE sí que la haya. Pero lo que está claro es que, hoy por hoy, ya no cabe trato discriminatorio alguno entre víctimas de violencia de género, por considerarse todas ellas merecedoras de la misma protección. De ahí que aquellos preceptos del Reg.LOE, como son los artículos 45.4.a) y 46.3.º, en los que se prevé un trato diferenciado para víctimas de delitos y de faltas de violencia de género, deban necesariamente aplicarse en consonancia con lo establecido en la Ley 1/2004, lo que, a nuestro entender, lleva a obviar la exigencia que en tales disposiciones se establece de que la sentencia en la que se reconozca a la víctima tal condición sea una sentencia de condena por delito, admitiendo, por tanto, la posibilidad de que también las mujeres extranjeras en situación irregular que sean víctimas en nuestro país de actos de violencia de género calificados como faltas puedan solicitar y obtener una autorización de residencia por razones humanitarias del artículo 45.4.a).

(47) Cit. supra nota 27.

(48) El artículo 5.a) de la citada Orden, al referirse a la documentación que ha de acompañar a la solicitud de ayuda, dispone que, en el caso de solicitantes extranjeras, éstas deberán aportar, de ser residentes en España (se entiende que legalmente), copia compulsada de la Tarjeta de Identidad de extranjera o de la Tarjeta de Residencia, y, de no serlo, copia compulsada del Pasaporte y declaración responsable de no ser residentes en España.

Dossier

*Directiva de retorno, Directiva de
expulsión*

PASCUAL AGUELO NAVARRO

Director de la REDMEX

ÁNGEL CHUECA SANCHO

Director Adjunto de la REDMEX

Directiva de retorno, Directiva de expulsión

(Nota crítica avuelapluma desde los Derechos Humanos)

SUMARIO

I. Introducción al dossier. A) A modo de preámbulo. B) Introducción general: A propósito de las Directivas.

II. El iter legislativo de la directiva de retorno. A) El miedo a la inmigración irregular en los documentos de la Unión Europea (1999-2006). B) La propuesta de la Comisión Europea de 2005. C) El Informe Manfred Weber 2007 expresa la mayor intransigencia con la inmigración irregular. D) La opinión minoritaria de Giusto Catania (2007). E) Del examen por el Consejo de la UE (abril 2008) a la enmienda núm. 74 de M. Weber (16 de junio de 2008). F) La codecisión (artículo 251 TCE).

III. La directiva y sus problemas. A) Algunas ideas sobre los considerandos. B) Las disposiciones generales (capítulo I). C) Finalización de la estancia ilegal (capítulo II). D) Las garantías procesales (capítulo III). E) El internamiento a efectos de expulsión (capítulo IV). a) El internamiento y su inadmisibles duración. b) Las condiciones del internamiento. c) El internamiento de menores y familias. d) Situaciones de emergencia. F) Las disposiciones finales (capítulo V).

IV. Algunas reacciones. A) La reacción de la Organización de los Estados Americanos. B) La reacción de UNASUR. C) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, de julio de 2008. D) “La Directiva de la Infamia”.

V. Conclusión general: ¿y los derechos humanos de los inmigrantes?.

ANEXO: Derecho migratorio de la Unión Europea (selección de normas).

I. INTRODUCCIÓN AL DOSSIER

A) A modo de preámbulo

Lentamente, pero sin pausa, la UE ha ido endureciendo el diseño de su política migratoria común. En los últimos años ha elaborado una serie de instrumentos jurídicos orientados esen-

cialmente al reforzamiento de la denominada fortaleza europea que garantice una inmigración seleccionada bajo criterios de dudosa legalidad poniendo en peligro el sistema internacional y europeo de protección de los derechos humanos¹.

El último de los instrumentos de este proceso es 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*, que partía de una Propuesta de la Comisión Europea de 2005 [COM (2005) 391 final] y que sería adoptada en primera lectura por el Parlamento Europeo el 18 de junio de 2008.

En su propuesta, la Comisión Europea recordaba sus palabras de 2002, según las cuales

“... 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”.

Sin embargo, seis años después, la Unión Europea, olvidando o bien invirtiendo el sentido de tales términos, adoptaba la Directiva sobre retorno, siguiendo en gran medida las ideas más involucionistas de la Comisión Europea, claramente apoyadas (¿o acaso dictadas, perdiendo la Comisión Europea su independencia?) por los gobiernos europeos menos respetuosos con los derechos de los inmigrantes en situación irregular.

Paradójicamente y en contra de su propia manifestación de intenciones, hasta ahora, la Unión Europea no ha avanzado prácticamente nada en la comunitarización de la gestión del fenómeno migratorio; tampoco se ha esforzado por abrir vías de acceso a la inmigración regular (salvo para las personas de mejor cualificación y preparación, bienvenidas por sus aportaciones al mercado de trabajo, aunque ello pueda llegar a suponer la consiguiente descapitalización intelectual y profesional del Estado de origen) y apenas si ha logrado muy ligeros avances en materia de asilo, esperando que en 2010 llegue el denominado SECA (Sistema Europeo Común de Asilo).

Pero la Unión ha decidido avanzar sobre el denominado “retorno”, que (si es forzoso) se transforma en una auténtica expulsión. La adopción de la Directiva objeto de este Dossier ha significado indudablemente la definitiva criminalización de las personas migrantes simplemente por encontrarse en una situación administrativa irregular.

Es cierto que corren malos tiempos para Europa y peores aún para los países que como España gozan de una temperatura democrática, al menos en este terreno, más elevada; pero por ello mismo nuestros representantes en la Unión Europea deberían manifestar su reserva a un pro-

(1) La aprobación de la Directiva ha motivado entre otros la reacción preocupada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la OEA (vid. apartado IV.C) del Dossier).

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

yecto poco respetuoso con el Sistema Universal de Derechos Humanos y con el Sistema Regional del Consejo de Europa, organización internacional ésta de la que –entre otros– forman parte todos los Estados miembros de la Unión. Porque evidentemente, pese a sus considerandos, la Directiva NO TIENE POR VOCACIÓN la protección de las personas sino más bien o exclusivamente la mejora de la eficacia de la expulsión.

Cuando se examina el proceso de adopción de la Directiva, deja todavía peor sensación al comprobar cómo el Parlamento Europeo, en su Informe de 20 de septiembre de 2007, apenas si alivia un poco la situación a la que se aboca a las personas irregularmente documentadas; y si ni el mismo órgano parlamentario mantiene un mínimo de sensibilidad en esta materia, es que el sistema de protección de los derechos fundamentales en la UE se halla ciertamente en grave peligro.

En el anterior número de la REDMEX saludamos el avance operado en el Gobierno y Parlamento español hacia la ratificación de la Convención Internacional de 1990 sobre derechos de las personas migrantes y sus familiares. Lo hacíamos porque pensamos que el catálogo de derechos y obligaciones contenidos en la Convención debe constituir el mínimo imprescindible con el que Europa y sus Instituciones han de tratar a cualquier persona extraña a la ciudadanía de la Unión.

Conviene por ello no olvidar en ningún caso que la prohibición de las expulsiones colectivas, el pleno control judicial de las expulsiones y los retornos, las garantías de defensa efectiva, el trato humano y digno durante el proceso de expulsión y retorno y la no criminalización de las personas migrantes por el mero hecho de su situación irregular, son derechos universalmente aceptados que deben ser respetados especialmente en el territorio europeo.

También resulta imprescindible recordar que todos los Estados miembros de la UE son partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (de 1950) y en el Convenio Europeo sobre Extradición (1957) así como en la Convención de derechos del niño (1989). Pues bien, el texto de la Directiva parece muy difícil de compaginar con las obligaciones que los Estados miembros de la UE han asumido en dichos Convenios.

Por otro lado, buena parte de las previsiones contenidas en la Directiva que afectan a la libertad personal, a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa, al principio de presunción de inocencia y otras garantías jurídicas de las personas sometidas a procedimientos administrativos de contenido sancionador, pueden vulnerar las previsiones de derechos reflejadas en nuestro propio Texto Constitucional y por consiguiente podemos pensar que generarán una importante litigiosidad en el ámbito de la jurisdicción española.

La duración desproporcionada de la detención de personas sometidas a procedimientos administrativos sancionadores, la ausencia de control judicial en determinados procedimientos, la generalización de la detención que posibilita el texto de la propuesta de Directiva chocan frontalmente con el contenido del artículo 17 CE, en la interpretación dada por la STC 115/1987.

Europa, que durante siglos reivindicó la libre circulación de las personas (cuando los europeos migrábamos buscando futuro, para “hacer las Américas”) se cierra en la actualidad. No se produce solamente una ceguera histórica, se produce además una clara injusticia contra quienes acogieron a los europeos inmigrantes y una grave imprevisión hacia el futuro, porque la Europa actual sigue necesitando a los inmigrantes. Por eso, en realidad, el reto no es cerrar las fronteras, sino regular y gestionar eficazmente los flujos migratorios, la convivencia entre personas de distintos orígenes y culturas, respetando en todo caso el Sistema Universal y Regional de los Derechos Humanos.

La acción comunitaria de repatriación sólo es posible si se inserta en una política consecuente de consolidación de las vías de inmigración regular y de un sistema de asilo efectivo y generoso.

El presente dossier pretende analizar, bajo esa perspectiva de defensa de los derechos humanos de todas las personas, el contenido de sus aspectos más esenciales, siendo plenamente conscientes de que se trata de un acercamiento al tema que merecerá más profundas y detalladas reflexiones.

B) Introducción general: a propósito de las Directivas

El 18 de junio de 2008 aprobaba el Parlamento Europeo su Resolución legislativa 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 – C6-0266/2005 – 2005/0167(COD)]. Se trataba de un procedimiento de codecisión y dicha aprobación se producía en primera lectura.

No vamos a analizar todos los aspectos de esta norma de la UE, pero sí conviene que examinemos al menos los más sobresalientes. Para realizar este análisis nos situamos en el vigente espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE. Su articulación jurídica se realiza en los Tratados de la Unión Europea (TUE) y de la Comunidad Europea (TCE, artículos 61-69). Su desarrollo se realiza sobre todo mediante Reglamentos y Directivas².

Resulta importante no olvidar que, según el artículo 249 del TCE,

“Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

(2) Consultar R. ALONSO GARCÍA: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid 2007, pp. 101-112.

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”.

Diferenciamos por tanto el *Reglamento*, como norma completa, que produce sus efectos en los distintos ordenamientos estatales tras su publicación en el Diario Oficial de la UE. Por eso la calificamos como una norma *self-executing*. Tiene además un carácter general.

En este terreno, sin abandonar el espacio de libertad, seguridad y justicia, recordaremos por ejemplo el REGLAMENTO (CE) No 562/2006 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).

La Directiva, por su parte, puede no ser una norma general. Se dirige a los Estados, pero puede dirigirse a algún o algunos Estados solamente. Según el artículo 249 TCE antes citado, la Directiva obliga a sus destinatarios a la consecución de unos resultados concretos, pero por regla general les deja libertad en sus medios y formas.

Para que los Estados miembros introduzcan el contenido de una Directiva en su ordenamiento, adapten dicho ordenamiento o transpongan las normas de la Directiva, ésta –en su articulado– establece un plazo concreto. En ese plazo el legislador nacional debe adoptar las pertinentes normas internas. La Directiva, menos constriñente que el Reglamento, es utilizada para la armonización de las legislaciones estatales.

Por eso precisamente, cuando hablamos de las Directivas, hablamos de las medidas estatales de ejecución. Éstas se materializan en uno o varios textos jurídicos del ordenamiento interno, incorporando el contenido material de la Directiva a dicho ordenamiento interno. Las medidas de ejecución deben comunicarse a la Secretaría General de la Comisión Europea. Posteriormente se realiza una comparación entre tales medidas internas y la Directiva, para comprobar si se ha realizado correctamente la transposición.

En el mismo espacio de libertad, seguridad y justicia, podemos recordar, por ejemplo, la DIRECTIVA 2003/109/CE DEL CONSEJO, de 25 de noviembre de 2003, *relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración*, que dice en su artículo 26:

“Incorporación al Derecho nacional

Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 23 de enero de 2006. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia”.

Por otra parte, es importante subrayar el efecto directo vertical que algunas disposiciones de una Directiva pueden desplegar, una vez que haya transcurrido el plazo de que dispone el Estado miembro para integrarla en el ordenamiento nacional; tal efecto directo se produce siempre que las disposiciones sean completas, jurídicamente perfectas o incondicionadas. El efecto directo vertical permite que los derechos y obligaciones que en ellas se contienen puedan ser invocados por los particulares ante los jueces nacionales, frente a las disposiciones de derecho interno que sean contrarias a éstas.

DIRECTIVAS	REGLAMENTOS
• Puede no ser norma general. • Se contempla un plazo de adaptación o transposición al derecho interno. • Efecto directo vertical	• Norma completa. <i>Self-executing</i> y carácter general. • Se integra en los distintos ordenamientos estatales tras su publicación en el DOUE.

En todo caso hemos de preguntarnos cómo se debe transponer una Directiva. Y, para responder claramente a esta pregunta, habremos de examinar el tenor de cada una de las normas de la misma Directiva; porque en ella podremos encontrar normas claramente obligatorias (que prohíben a los Estados miembros determinados actos o les imponen determinadas conductas) y normas permisivas (que dejan a los Estados la posibilidad de actuar o de no actuar).

II. EL ITER LEGISLATIVO DE LA DIRECTIVA DE RETORNO

Veamos a continuación los aspectos más significativos del *iter legislativo* de esta Directiva; después analizaremos su contenido y los problemas que suscita.

El seguimiento del *iter* legislativo de la Directiva resulta de una gran dificultad teniendo en cuenta que para ello habremos de consultar documentos de gran trascendencia de las tres instituciones implicadas en su adopción: La Comisión Europea, el Consejo de la Unión Europea y el Parlamento Europeo.

A) El miedo a la inmigración irregular en los documentos de la Unión Europea (1999-2006)

Resulta en primer lugar inadmisibile y muy preocupante que en tantos documentos oficiales de la UE se hable de “extranjeros ilegales” o de “residentes ilegales”. Parece como si las instituciones de la UE ilegalizasen a diversas personas, sin caer en la cuenta de que una persona no es ilegal en sí misma, aun cuando lo puedan ser sus actos.

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

Tampoco puede olvidarse que con esta locución se está criminalizando o al menos dando cobertura a la criminalización de personas que normalmente no han cometido otro “delito” que cruzar irregularmente una frontera; en otras palabras, se criminaliza a personas que no han cometido delito alguno sino la violación de una norma administrativa³. La utilización del mito de la ilegalidad de las personas extranjeras conduce además directamente a la xenofobia, que las instituciones europeas dicen condenar y contra la que afirman luchar, pues (entre otras acciones) para ello creaban en 1997 el denominado Observatorio Europeo contra el Racismo y la Xenofobia.

Debe quedar claro que esta Directiva de la expulsión no nace por generación espontánea ni lo hace como consecuencia de una iniciativa de un Estado miembro en el último momento de una reunión del Consejo Europeo. Es sin duda fruto de un proceso de reforzamiento de la Unión Europea frente a la inmigración irregular, fruto en definitiva del temor a la inmigración irregular en la UE; viene pues a elevar los ya altos muros de la ciudadela europea.

El progresivo incremento de este irracional miedo institucional puede sintetizarse en ocho hitos o momentos, que van desde 1999 a 2006. Algunos de ellos coinciden ya con el proceso de gestación de la Directiva de la vergüenza o Directiva de expulsión. En ellos englobaremos documentos de la Comisión Europea y Directivas y Decisiones, del Consejo de la Unión Europea. También sobresalen algunas Conclusiones del Consejo Europeo.

Son los siguientes:

- 1.º Las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (15-16 de octubre de 1999)⁴.
- 2.º La DIRECTIVA 2001/40/CE DEL CONSEJO, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, de 28 de mayo de 2001⁵.
- 3.º La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a *UNA POLÍTICA COMÚN DE INMIGRACIÓN ILEGAL*, de 15 de noviembre de 2001⁶.
- 4.º La Comunicación de la Comisión denominada *LIBRO VERDE RELATIVO A UNA POLÍTICA COMUNITARIA DE RETORNO DE LOS RESIDENTES ILEGALES*, de 10 de abril de 2002, documento esencial con enorme influencia posterior⁷.
- 5.º El Proyecto de Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo con vistas al Consejo Europeo de Tesalónica, relativa al desarrollo de *UNA POLÍTICA COMÚN EN MATERIA*

(3) El lenguaje y algunos conceptos que a veces se utilizan, más propios del derecho penal, como el “riesgo de fuga” no ayudan precisamente a rebajar esa tendencia criminalizadora.

(4) Texto en http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm.

(5) DOUE L 149, 2 de junio de 2001, p. 34.

(6) COM (2001) 672 final.

(7) COM (2002) 175 final

DE INMIGRACIÓN ILEGAL, TRATA DE SERES HUMANOS, FRONTERAS EXTERIORES Y RETORNO DE RESIDENTES ILEGALES, de 3 de junio de 2003⁸.

6.º La Decisión 2004/573/CE, del Consejo 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, de 24 de abril de 2004⁹.

7.º El Programa de La Haya: *CONSOLIDACIÓN DE LA LIBERTAD, LA SEGURIDAD Y LA JUSTICIA EN LA UNIÓN EUROPEA*, de noviembre de 2004¹⁰.

8.º La Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la *lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países*, de 19 de julio de 2006¹¹.

HITOS EN LA EVOLUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LA INMIGRACIÓN IRREGULAR	
1999	Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere.
2001	DIRECTIVA 2001/40/CE DEL CONSEJO, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.
2001	Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a UNA POLÍTICA COMÚN DE INMIGRACIÓN ILEGAL.
2002	Comunicación de la Comisión denominada LIBRO VERDE RELATIVO A UNA POLÍTICA COMUNITARIA DE RETORNO DE LOS RESIDENTES ILEGALES.
2003	El Proyecto de Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo con vistas al Consejo Europeo de Tesalónica, relativa al desarrollo de UNA POLÍTICA COMÚN EN MATERIA DE INMIGRACIÓN ILEGAL, TRATA DE SERES HUMANOS, FRONTERAS EXTERIORES Y RETORNO DE RESIDENTES ILEGALES.
2004	Decisión 2004/573/CE, del Consejo relativa a la <i>organización de vuelos conjuntos para la expulsión</i> , desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión.
2004	El Programa de La Haya: <i>CONSOLIDACIÓN DE LA LIBERTAD, LA SEGURIDAD Y LA JUSTICIA EN LA UNIÓN EUROPEA</i> .
2006	Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la <i>lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países</i> .

(8) COM (2003) 323 final.

(9) DOUE L 261, 6 de agosto de 2004, p. 28.

(10) Ver la Comunicación del Consejo de la UE en DOUE C 53, 3 de marzo de 2005, p. 1.

(11) COM (2006) 402 final.

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

1.º– En las *Conclusiones de la reunión de Tampere* puede leerse:

“26. El Consejo Europeo hace un llamamiento para que se desarrolle la asistencia a los países de origen y tránsito con objeto de promover el retorno voluntario y ayudar a las autoridades de esos países a mejorar su capacidad para combatir eficazmente la trata de seres humanos y para cumplir las obligaciones de readmisión que les incumben respecto de la Unión y los Estados miembros.

27. El Tratado de Ámsterdam otorgó a la Comunidad competencias en materia de readmisión. El Consejo Europeo invita al Consejo a que celebre acuerdos de readmisión o inserte cláusulas modelo en otros acuerdos entre la Comunidad Europea y los terceros países o grupos de países pertinentes. También deberán tomarse en consideración normas sobre readmisión interna” (negrita añadida.)

En primer término, hemos de observar que en Tampere se hablaba de retorno voluntario, no de expulsión. Por otra parte, todavía se oculta ese miedo institucional a la inmigración irregular.

2.º– El segundo hito lo constituye la *DIRECTIVA 2001/40/CE DEL CONSEJO*, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, de 28 de mayo de 2001.

En ella, actuando en el marco del sistema Schengen, se habla sin confusión de la expulsión de extranjeros, ya se encuentren éstos en situación regular ya estén en situación irregular (artículo 3).

En el primer caso, se trata de

“una decisión de expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales y adoptada en los casos siguientes:

- condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año,
- existencia de sospechas fundadas de que el nacional de un tercer país ha cometido hechos punibles graves o existencia de indicios reales de que tiene la intención de cometer tales hechos en el territorio de un Estado miembro”.

Desde luego resulta inadmisibles que en un Estado de Derecho (y en una Unión de Derecho) se pueda expulsar a una persona sin probar hechos que la condenen y se pueda producir dicha condena simplemente por la existencia de “sospechas fundadas” de la comisión de atentados al orden público o la seguridad pública o la “existencia de indicios reales de que tiene la intención de cometer tales hechos”.

Esta norma obliga a replantearnos tres aspectos esenciales:

- 1.º ¿Quién evalúa y cómo se evalúa el carácter fundado de las sospechas de que cierto extranjero puede cometer esos delitos?
- 2.º ¿Quién y cómo es capaz de analizar la “intención” de cometer tales delitos?
- 3.º ¿Dónde queda la seguridad jurídica y la presunción de inocencia, tan esenciales para cualquier Estado de Derecho o cualquier Unión de Derecho?

Hemos de observar asimismo que estamos ante una Directiva adoptada tres meses antes de los gravísimos actos terroristas del 11 S y, por tanto, no justificada por la represión de semejantes gravísimos delitos comunes de terrorismo.

Realmente la Directiva lo que prevé es la expulsión de extranjeros “basada en el incumplimiento de las normas nacionales sobre entrada o residencia de extranjeros”, o sea en la situación de irregularidad de los mismos.

3.º– Destaca asimismo la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a *UNA POLÍTICA COMÚN DE INMIGRACIÓN ILEGAL*, de 15 de noviembre de 2001.

En ella se afirma en primer lugar: “La prevención y la lucha contra la inmigración ilegal son partes esenciales de la política común y exhaustiva de asilo e inmigración de la Unión Europea” (p. 5)

Desde esa perspectiva, no puede extrañar que la Comisión concluya que “la política de la repatriación es también una parte integral y crucial de la lucha contra la inmigración ilegal. Debido a su importancia independiente, será tema de una reflexión más profunda en un Libro Verde dedicado a la política comunitaria de la repatriación. El amplio debate de los problemas enumerados en este documento constituirá la base por ejemplo de la preparación por la Comisión de un proyecto” (p. 26).

4.º– Precisamente conviene no pasar por alto la Comunicación de la Comisión denominada *LIBRO VERDE RELATIVO A UNA POLÍTICA COMUNITARIA DE RETORNO DE LOS RESIDENTES ILEGALES*, de 10 de abril de 2002, documento esencial con enorme influencia posterior.

En ese momento ya estaba claro que el retorno –para ser efectivo– necesitaba de modo ineludible la cooperación de los Estados de origen y de tránsito, que la UE precisaba los acuerdos de readmisión o las cláusulas de readmisión (que aparecen indudablemente hasta en los acuerdos de cooperación).

Si nos centramos en el retorno, la Comisión elabora ya un concepto de retorno de inmigrantes por lo menos cuestionable. En el Anexo I (definiciones) afirma:

“Retorno: Clave de la política. El retorno comprende la preparación o puesta en práctica de las medidas para el regreso al país de origen o tránsito con independencia de la cuestión de si el retorno tiene lugar voluntariamente o es forzoso”.

Y sigue definiendo el retorno voluntario, el retorno forzoso, el forzoso sin resistencia y el forzoso con resistencia. Veamos estos conceptos:

“Retorno voluntario: El retorno al país de origen o tránsito basado en la decisión del repatriado y sin el uso de medidas coercitivas”.

No parece que exista nada que objetar a este concepto, que constituye el concepto prístino del retorno y que permite diferenciarlo de la expulsión.

“Retorno forzoso: El retorno al país de origen o tránsito mediante la amenaza del uso de medidas coercitivas o el uso mismo de estas medidas”.

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

Desde luego esta figura difícilmente se puede denominar “retorno” porque en ella *ya comienza la manipulación del lenguaje* pues realmente estamos ante un caso de expulsión o tal vez de figuras afines (devolución, denegación de entrada). ¿Por qué llega la Comisión Europea al cambio de sentido jurídico de un término si no es para ocultar la gravedad de una conducta y de sus consecuencias sociales? ¿Acaso se pretende ocultar así la mala imagen de una locución tan clara como es la de expulsión de extranjeros?

“Retorno forzoso sin resistencia: Retorno forzoso utilizándose la amenaza y un uso reducido de medidas coercitivas tales como ser escoltado”.

También ahora sobresale la manipulación del lenguaje, puesto que si se precisan amenazas y “un uso reducido” de medidas coercitivas, ello implica que existe por lo menos una resistencia pasiva del inmigrante.

Estamos por tanto ante un concepto claramente contradictorio en sus propios términos (retorno forzoso sin resistencia pero con amenazas o uso reducido de fuerza).

“Retorno forzoso con resistencia: Retorno forzoso utilizándose medidas coercitivas, tales como la limitación física de movimientos”.

Se trata de uso de la fuerza física y ello puede implicar serios problemas para el inmigrante, como desgraciadamente se ha visto en numerosas ocasiones.

En este Libro Verde se encuentran realmente las bases de la actual DIRECTIVA DE LA EXPULSIÓN o DIRECTIVA DE LA VERGÜENZA. Este Libro Verde daría lugar a una *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*¹², que sin duda contiene elementos de indudable actualidad y validez. Posteriormente daría lugar a la Comunicación de la Comisión relativa a una política comunitaria en materia de retorno de personas en situación irregular¹³.

5.⁹– En 2003, siguiendo un proceso perfectamente lógico que afianza las definiciones del Libro Verde, la Comisión comienza ya a hablar de ese retorno (forzado o no, casi le da lo mismo) de los extranjeros en situación irregular. Lo hace en el Proyecto de Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo y al Consejo, con vistas al Consejo Europeo de Tesalónica, relativa al desarrollo de *UNA POLÍTICA COMÚN EN MATERIA DE INMIGRACIÓN ILEGAL, TRATA DE SERES HUMANOS, FRONTERAS EXTERIORES Y RETORNO DE RESIDENTES ILEGALES*.

El pensamiento de la Comisión resulta muy claro a estas alturas del *iter* normativo; por eso escribe:

“La credibilidad e integridad de las políticas en materia de inmigración ilegal y asilo corren peligro si éstas no van acompañadas de una política comunitaria en materia de retorno de los residentes

(12) Ver texto en <http://www.intermigra.info/extranjeria>. Era ponente Francisco SOLÁNS PUYUELO.

(13) De 14 de octubre de 2002, COM (2002) 564 final.

ilegales. Por otra parte, cabe preguntarse sobre la utilidad real de los esfuerzos desplegados para luchar contra la inmigración ilegal cuando vemos que aquellos que logran superar estas medidas consiguen en definitiva permanecer como residentes ilegales. *No debemos subestimar el carácter de señal que representa el fracaso de una política en materia de retorno de los residentes ilegales*" (p. 9, cursiva añadida).

La conclusión no puede ser más meridiana: Hay que reforzar la política de retorno, hay que enviar mensajes claros contra la inmigración irregular.

6.^º— Mención aparte (y mucho más extensa que la presente en este Dossier) merece sin duda la Decisión 2004/573/CE, del Consejo, 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.

Según su artículo 1, el objetivo de la Decisión es coordinar las expulsiones conjuntas por vía aérea desde varios Estados miembros de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión individuales (en adelante "nacionales de terceros países"). En el texto se regulan sobre todo las tareas del Estado organizador del vuelo conjunto (artículo 4), las tareas del Estado participante (artículo 5) y las tareas comunes (artículo 6).

Pero el interés de esta Decisión no se halla tanto en su articulado como en su Anexo, que contiene las *Directrices comunes sobre las normas de seguridad en las expulsiones conjuntas por vía aérea*. Cuando las Directrices hablan del procedimiento durante el vuelo, se refieren al uso de medidas coercitivas en los siguientes términos, que deben hacernos reflexionar sobre la compatibilidad entre estas medidas y los Derechos Humanos:

"El uso de medidas coercitivas se atenderá a lo siguiente:

- a) las medidas coercitivas se aplicarán con el debido respeto a los derechos individuales de los repatriados;
- b) podrán utilizarse medidas de fuerza contra aquellos individuos que se nieguen o se opongan a la expulsión. Todas las medidas coercitivas deberán ser proporcionadas y no irán más allá de un uso razonable de la fuerza. Deberán preservarse la dignidad y la integridad física del repatriado. Por consiguiente, en caso de duda, la operación de expulsión, incluido el empleo de medidas legales coercitivas a causa de la resistencia y peligrosidad del repatriado, se suspenderá con arreglo al principio de "ninguna expulsión a cualquier precio";
- c) la medida coercitiva no deberá dificultar o poner en peligro la capacidad del repatriado para respirar normalmente. En caso de uso de la fuerza, el repatriado deberá permanecer boca arriba, sin que nada oprima o afecte a su tórax impidiéndole respirar normalmente;
- d) los repatriados que se resistan podrán ser inmovilizados por medios que no pongan en peligro su dignidad e integridad física;
- e) el Estado miembro organizador y cada Estado miembro participante establecerán de común acuerdo una lista de medidas coercitivas autorizadas antes de iniciar la operación de expulsión. El uso de sedantes para facilitar la expulsión está prohibido, sin perjuicio de las medidas de urgencia que se impongan para garantizar la seguridad del vuelo;

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

- f) deberá informarse de las medidas coercitivas autorizadas y prohibidas a todos los escoltas y éstos deberán conocerlas;
- g) los repatriados a los que se apliquen medidas coercitivas permanecerán bajo constante vigilancia durante el vuelo;
- h) la decisión de retirar temporalmente una medida coercitiva competirá al responsable de la operación de expulsión o a su adjunto”.

7.º– Tampoco podemos pasar por alto *el Programa de La Haya* (CONSOLIDACIÓN DE LA LIBERTAD, LA SEGURIDAD Y LA JUSTICIA EN LA UNIÓN EUROPEA) de noviembre de 2004.

En su punto 1.6.4 se lee:

“Política de repatriación y readmisión

Los migrantes que no tengan o hayan dejado de tener derecho a permanecer legalmente en la UE deberán regresar de forma voluntaria o, si es necesario, obligatoria. El Consejo Europeo pide que se establezca una política eficaz de expulsión y repatriación basada en normas comunes para las personas que vayan a ser repatriadas, de manera humana y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad.

El Consejo Europeo considera esencial que el Consejo inicie a principios de 2005 el debate sobre las normas mínimas para procedimientos de repatriación, incluidas las normas mínimas de apoyo a actuaciones nacionales eficaces de repatriación. La propuesta resultante deberá tener en cuenta asimismo preocupaciones especiales por lo que se refiere a la salvaguardia del orden público y la seguridad”.

8.º– Finalmente recordaremos la Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la *lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países*, de 19 de julio de 2006. Se refiere ya a la elaboración de la DIRECTIVA DE LA EXPULSIÓN, señalando que dicha Directiva “incluirá normas comunes sobre retorno, uso de medidas coercitivas, custodia temporal y readmisión” (párrafo 44).

B) La propuesta de la Comisión Europea de 2005

Veamos ahora en concreto el proceso de gestación de la desgraciadamente famosa DIRECTIVA DE RETORNO.

El 1 de septiembre de 2005 presentaba la Comisión su *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 territorio¹⁴.

(14) COM (2005) 391 final.

Los objetivos de esta propuesta (pp. 3 y 4) quedan resumidos de la siguiente manera cuando se afirma:

“Una política de retorno efectiva es un componente necesario de una política de emigración bien gestionada y verosímil. Es necesario acordar normas claras, transparentes y justas que tengan en cuenta esta necesidad, respetando al mismo tiempo los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona concernida. La actual propuesta pretende alcanzar estos objetivos del siguiente modo:

1. Estableciendo la norma de que debería ponerse fin a la estancia ilegal a través de un procedimiento justo y transparente.
2. Promoviendo el principio del retorno voluntario, estableciendo la norma general de que normalmente debería concederse un «plazo para la salida».
3. Estableciendo –como principio general– un procedimiento armonizado en dos etapas: que suponga una decisión de retorno en una primera etapa y –en caso de necesidad– la emisión de una orden de expulsión como segunda etapa, alineando de este modo, hasta cierto punto, los sistemas de los Estados miembros, divergentes en la actualidad.
4. Abordando la situación de las personas que se encuentran ilegalmente en el territorio pero que no pueden (todavía) ser expulsadas.
5. Previendo un conjunto mínimo de garantías procesales.
6. Limitando el uso de medidas coercitivas, supeditándolas al principio de proporcionalidad y estableciendo unas garantías mínimas para la práctica del retorno forzado.
7. Dando una dimensión europea a los efectos de las medidas de retorno nacionales, estableciendo una prohibición de reingreso válida en todo el territorio de la UE.
8. Premiando el cumplimiento correcto (incluida la opción de retirar cualquier prohibición de reingreso) y penalizando el incumplimiento (incluida la opción de ampliar cualquier prohibición de reingreso).
9. Protegiendo los intereses del Estado en casos de grave amenaza para la seguridad nacional y pública (incluida la opción de ampliar cualquier prohibición de reingreso).
10. Limitando el uso del internamiento temporal y supeditándolo al principio de proporcionalidad.
11. Estableciendo unas garantías mínimas para la práctica del internamiento temporal.
12. Abordando 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 el texto de la Comisión,

“la presente propuesta se ha formulado tras haber sido sometida a un examen en profundidad con la finalidad de garantizar que sus disposiciones son plenamente compatibles con los derechos fundamentales como principios generales de Derecho comunitario, así como con el Derecho internacional, incluida la protección de los refugiados y las obligaciones de derechos humanos derivadas del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos. Como consecuencia, se ha puesto un énfasis particular en las disposiciones sobre garantías procesales, unidad familiar, internamiento temporal y medidas coercitivas” (p. 5).

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

Veremos después si los resultados corresponden a estas previsiones de respeto a los Derechos Humanos o se quedan en lugares muy alejados de los mismos.

C) El Informe Manfred Weber 2007 expresa la mayor intransigencia con la inmigración irregular

El 20 de septiembre de 2007 (dos años después de la propuesta de la Comisión Europea) presentaba el europarlamentario Manfred WEBER [Grupo del Partido Popular Europeo (Demócrata-Cristianos) y de los Demócratas Europeos, Presidente de la Joven Unión de Baviera (desde 2003). Miembro de la presidencia de la Unión Cristianossocial (CSU) a la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior –o Comisión LIBE–] su Informe (<http://www.directivedelahonte.org/downloads/informeLIBE-es.pdf>). Introducía abundantes enmiendas (nada menos que 73), que desgraciadamente, y desde el punto de vista del respeto de los derechos humanos, casi nunca pueden ser saludadas como positivas, al texto propuesto por la Comisión Europea.

Según la exposición de motivos del Informe, “uno de los objetivos de las enmiendas del ponente es fortalecer el papel del Parlamento en cuanto garante de los derechos humanos y de la humanidad” (p. 32). Vistos los resultados, no parece que el ponente pretendiera semejante fin y tampoco parece que a la mayoría de los miembros del Parlamento le importase mucho.

En realidad, el documento tiene una clara vocación exterior, que se comprueba en dos aspectos sobresalientes:

1.º Se fundamenta en primer término en la no explicitada pretensión de reforzar la acción exterior de la UE con los Estados de origen y de tránsito para lograr acuerdos de readmisión (tan difíciles de alcanzar a lo largo de los años).

2.º Además pretende lograr una clara conexión de la política migratoria de la Unión con la del Consejo de Europa, que tampoco destaca precisamente por tener una visión progresiva en este terreno ¹⁵. En efecto, el Comité de Ministros del Consejo de Europa (donde los 27 Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de la Unión forman clara mayoría) adoptaba el 20 de mayo de 2005 las «Veinte directrices sobre el retorno forzoso» [COM (2005) 40], citadas en el considerando 3 de la Directiva y cuya lectura permite pensar que también estábamos ante un documento o paso previo a la Directiva de la expulsión o de la vergüenza.

En materia migratoria, Unión Europea y Consejo de Europa se alimentan mutuamente (no en sentido positivo), porque estas 20 Directrices inspiran sus definiciones en diversos documentos de la Comisión Europea (así lo dicen expresamente las Directrices en el apartado 2 de las Observaciones generales).

(15) Recordamos el contenido tan regresivo que se contiene en la Resolución del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 4 de mayo de 2005 sobre “20 Directivas sobre [COM (2005) 40].

En el Informe WEBER se admite sin problemas la posición de la Comisión sobre retorno voluntario o forzado. Pero a la vez se hace mucho más rígida la posición contraria a la inmigración irregular.

Así sucede por ejemplo en la enmienda núm. 19, que introduce en las definiciones (artículo 3 de la propuesta) el concepto de “*riesgo de fuga*” con una amplia enumeración de elementos más propios del derecho penal (“la existencia de razones de peso, determinadas por criterios específicos y objetivos, que induzcan a pensar que el nacional de un tercer país objeto de una decisión de retorno o una orden de expulsión pueda fugarse; no se deducirá automáticamente el riesgo de fuga por el simple hecho de que un nacional de un tercer país resida ilegalmente en el territorio de un Estado miembro”).

Pero mucho más graves son sin duda otras enmiendas del ponente WEBER. Veamos las dos más significativas:

A) La enmienda núm. 60, estructurando el artículo 14.4 ter, señala:

“Los Estados miembros preverán un plazo de tres meses transcurrido el cual el internamiento temporal dejará de estar justificado. *Los Estados miembros podrán abreviar este plazo o prorrogarlo hasta 18 meses* en los casos en que, a pesar de todos los esfuerzos razonables, sea probable que la operación de expulsión se prolongue debido a la falta de cooperación del nacional de un tercer país afectado o a los retrasos en la obtención de la documentación necesaria de los terceros países, o si la persona de que se trate representa una amenaza probada para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional”.

Aquí tenemos el origen de una norma tan carente de respeto hacia los Derechos Humanos, de cuya lectura destacaremos dos aspectos esenciales:

- El Informe WEBER considera normal ese plazo de 18 meses. La gravedad de esta enmienda se pone de manifiesto en toda su magnitud si recordamos que la Comisión Europea en el artículo 14.4, de su propuesta contemplaba un posible internamiento temporal que *sólo las autoridades judiciales podrían ampliar hasta 6 meses*.
- En segundo término, la Comisión hablaba de las autoridades judiciales, mientras el ponente hablará *tout court* de los Estados miembros. Obviamente no estamos en la misma hipótesis que la prevista por la Comisión.

B) Leyendo el mismo Informe WEBER se produce un rechazo total en cuanto a la admisión del internamiento temporal de los niños; desgraciadamente la Comisión ya la preveía (artículo 15, 3.º, de su propuesta), pero el Informe WEBER la agrava, regulándola específicamente en un artículo 15 bis (enmienda núm. 67) del siguiente modo:

“Condiciones de internamiento temporal para los niños y las familias

1. Se mantendrán en internamiento temporal a los niños acompañados de sus familias únicamente como último recurso, y durante el periodo más breve posible que resulte adecuado.

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

2. Se facilitará a los niños con familias mantenidas en internamiento temporal y pendientes de expulsión un alojamiento separado que garantice una intimidad adecuada.
3. Los niños, en instalaciones de internamiento temporal o no, tendrán derecho a la educación y al ocio, incluido el derecho a jugar y a participar en actividades recreativas propias de su edad. La educación que se facilite deberá depender del período de internamiento.
4. Se facilitará alojamiento a los niños no acompañados en instituciones que cuenten con el personal y las instalaciones necesarias para tener en cuenta las necesidades de las personas de su edad.
5. El interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el contexto del internamiento temporal de los niños pendientes de expulsión”.

A pesar de que se intenta disimular un poco la gravedad de esta norma en el párrafo 5.º, un Parlamento directamente elegido nunca debió adoptar una propuesta que viola tan flagrantemente la dignidad humana más sensible, la de los niños.

La propuesta contiene otros elementos, que dulcifican un poco la inadmisible imagen de este Parlamento Europeo:

– Nos referimos, en primer término, a la enmienda núm. 69, que introduce el artículo 16 bis (creación de un Defensor del Pueblo del Parlamento Europeo para el Retorno. Según esta enmienda, la figura se crea “con el fin de asegurar un retorno eficiente dentro del pleno respeto de los Derechos Humanos”; pero no se sabe qué primará en caso de conflicto, si la eficiencia o los Derechos Humanos.

– Lo mismo puede decirse de la enmienda núm. 71, que introduce el párrafo 2.º en el artículo 17 de la propuesta, encargando a la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales que preste especial atención cuando los Estados miembros apliquen la Directiva. Desafortunadamente no es la Agencia citada un órgano que cuente con poderes reales de control sobre los Estados miembros (ver esta *REDMEX* núm. 14, marzo 2007, el estudio de Ángel CHUECA titulado “Una aproximación crítica a la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, pp. 9-24).

El texto de la Directiva finalmente adoptado no recoge ni el nuevo Defensor del Pueblo ni la Agencia de Derechos Fundamentales.

D) La opinión minoritaria de Giusto Catania (2007)

Veamos ahora la opinión minoritaria del europarlamentario Giusto CATANIA (Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica, Vicepresidente de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior o Comisión LIBE).

“OPINIÓN MINORITARIA de conformidad con el artículo 48, apartado 3, del Reglamento Giusto Catania

Rechazamos el informe del Sr. Weber porque los nacionales de terceros países, como los ciudadanos comunitarios, no deben ser objeto de privación de libertad personal o de pena de prisión a causa de una falta administrativa.

Los nacionales de terceros países podrían ser objeto de internamiento temporal únicamente si se someten a un procedimiento judicial por delitos cometidos dentro de las fronteras de la Unión Europea y, en cualquier caso, con idénticas garantías judiciales y procedimentales que los ciudadanos de la UE.

Además, consideramos que un período de privación de libertad de dieciocho meses es inútil, excesivo y afecta enormemente el derecho a la libertad personal, defendido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Dieciocho meses de privación de libertad para personas que no han cometido un delito entrañan de facto la legitimación de una paradoja jurídica.

Un período injustificadamente prolongado de privación de libertad en condiciones terribles como las que se presentan en algunos centros de detención de la UE, visitados por la propia Comisión LIBE, no debería autorizarse en ningún caso en nuestra legislación comunitaria. Además, consideramos extremadamente urgente llevar a cabo una evaluación detallada de la utilidad y las consecuencias del internamiento de inmigrantes en esos centros”.

Obsérvese cómo G. CATANIA pone el acento en elementos esenciales ¿olvidados? por el Parlamento Europeo como la criminalización de la inmigración irregular, la violación del principio de no discriminación, la trascendencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la situación de los “centros de detención” de inmigrantes en la UE.

E) Del examen por el Consejo de la UE (abril 2008) a la enmienda núm. 74 de M. Weber (16 de junio de 2008)

El Consejo de la UE se reunía el 18 de abril de 2008 ¹⁶. El 23 de abril de 2008 se desarrolló un diálogo trilateral Consejo-Parlamento Europeo-Comisión sobre esta materia, en el que hubo un acuerdo político general sobre esta materia, dejando para un momento posterior algunas cuestiones menores.

El texto será admitido por el Parlamento Europeo en su sesión de 18 de junio de 2008, en primera lectura, en el procedimiento de co-decisión. Constituye, en definitiva, la Directiva adoptada.

(16) El iter legislativo completo de esta Directiva puede verse en http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=193255.

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

El Anexo al Acta del Consejo de la UE indica:

“ANEXO: Declaraciones para el acta del Consejo en el momento de la adopción del Acto

1. El Consejo declara que la aplicación de la presente Directiva no debe utilizarse en sí misma como una razón para justificar la adopción de disposiciones menos favorables a las personas a las cuales se aplique.

2. La Comisión declara que la revisión del SIS II (prevista en la cláusula de revisión del artículo 24, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 1987/2006), constituirá una oportunidad de proponer una obligación de registrar en el SIS las prohibiciones de entrada dictadas con arreglo a la presente Directiva.

3. La Comisión se compromete a ayudar a los Estados miembros a buscar maneras de atenuar la carga financiera resultante de la aplicación del artículo 12, apartado 3 bis (asistencia jurídica gratuita), en los Estados miembros en un espíritu de solidaridad. La Comisión subraya que, en el marco del Fondo Europeo para el Retorno (Decisión núm. 575/2007/CE), existen posibilidades para cofinanciar las acciones nacionales para promover la aplicación del artículo 12, apartado 3 bis (asistencia jurídica gratuita), en los Estados miembros:

– Las acciones relacionadas con el objetivo específico de –fomento de una aplicación eficaz y uniforme de normas comunes sobre el retorno– [artículo 3, apartado 1, letra c)] pueden incluir el apoyo al –refuerzo de la capacidad de las autoridades competentes para adoptar lo mas rápidamente posible decisiones de retorno realizadas de forma adecuada– [artículo 4, apartado 3, letra a)]. La presencia de las salvaguardias jurídicas apropiadas, incluido el principio de igualdad de armas, aumenta el potencial de adopción de decisiones de alta calidad.

– 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. Esto significa que las medidas relacionadas con lo dispuesto en el artículo 12, apartado 3 bis (asistencia jurídica gratuita), pueden ser cofinanciadas hasta un 75% con cargo al Fondo Europeo para el Retorno.

La Comisión invita 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.

4. La Comisión declara que, en su evaluación de conformidad con el artículo 17, apartado 2, tendrá en cuenta el impacto adicional en la administración de justicia de los Estados miembros”.

El texto examinado por el Parlamento Europeo el 18 de junio de 2008 será el fijado en la enmienda WEBER núm. 74¹⁷. Todos los aspectos parecían haber sido negociados con el Consejo de la UE y la posibilidad de que la Comisión modificase o retirase su propuesta había desaparecido completamente.

(17) Texto en <http://www.lasprovincias.es/apoyos/documentos/directiva-inmigracion.pdf> (consultado el 15 de julio de 2008).

F) La codecisión (artículo 251 TCE)

Los pasos antes examinados conducían al procedimiento de codecisión, regulado en el artículo 251 del Tratado de la Comunidad Europea. Es el procedimiento que se utiliza ahora para adoptar la mayoría de las normas del derecho derivado de la UE.

En el procedimiento de codecisión, el Parlamento no se limita a dar su opinión: Comparte el poder legislativo en plano de igualdad con el Consejo. Si el Consejo y el Parlamento no están de acuerdo con una propuesta de acto legislativo, la propuesta se presenta ante un Comité de conciliación, integrado por igual número de representantes del Consejo y del Parlamento. Una vez que el comité ha alcanzado un acuerdo, el texto se envía de nuevo al Parlamento y al Consejo de modo que puedan finalmente adoptarlo. Como dice la Web del Parlamento Europeo¹⁸, “el procedimiento de codecisión se compone de tres fases y otorga al Parlamento Europeo un derecho de veto”.

Sin embargo, en este caso el Parlamento no ha necesitado más que la primera lectura para lograr tan nefasto resultado. Precisamente por estar ante un procedimiento de codecisión es por lo que el Parlamento Europeo debe asumir toda su responsabilidad en esta materia; si se tratase de una Directiva sólo del Consejo de la UE, las cosas habrían sido menor claras, pero en esta materia el Parlamento pudo rechazar el Informe WEBER y no incurrir en semejante despropósito normativo (sobre todo si se compara con la protección de los Derechos Humanos, de la cual dice ser garante).

SÍNTESIS DEL PROCESO DE GESTACIÓN DE LA DIRECTIVA DE RETORNO

1 de septiembre de 2005,

La Comisión presenta su *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.

20 de septiembre de 2007,

Informe-enmiendas presentadas por el europarlamentario Manfred WEBER (Grupo del Partido Popular Europeo).

2007,

La opinión minoritaria del europarlamentario Giusto CATANIA (Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica, Vicepresidente de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior).

18 de abril de 2008,

Examen por el Consejo de la UE de las enmiendas del Informe Weber.

18 de junio de 2008,

Admisión por el Parlamento Europeo de la Directiva, en primera lectura, en el procedimiento de codecisión.

(18) <http://www.europarl.europa.eu/parliament/expert/staticDisplay.do?id=55&pageRank=3&language=ES>.

III. LA DIRECTIVA Y SUS PROBLEMAS

Examinaremos a continuación el contenido de las normas de la denominada oficialmente *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*. Respecto a ella se ha generalizado la denominación de DIRECTIVA DE LA VERGÜENZA; puede recibir otras denominaciones, entre ellas la de Directiva de la Infamia.

Jurídicamente sus normas giran alrededor de la expulsión de los extranjeros en situación irregular; por eso preferimos denominarla *DIRECTIVA DE EXPULSIÓN*.

Nuestro examen no puede profundizar en todos y cada uno de los aspectos que la Directiva suscita; por eso nuestro examen ha de considerarse como inicial y precisado de futuras profundizaciones.

Conviene no olvidar la trascendencia en esta materia del acervo Schengen; la Directiva cita de modo reiterado tanto el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen como el Código de Fronteras Schengen.

También hemos de recordar que la Directiva habla con demasiada frecuencia de “inmigrantes ilegales”; ilegaliza al sujeto y no su situación y ello jurídicamente resulta de todo punto insostenible.

ESTRUCTURA DE LA DIRECTIVA DE RETORNO	
Considerandos (30)	1-3: Evolución pre-legislativa 4-6: Principios y garantía procedimentales 7: Acuerdos de readmisión 8: Sistemas de asilo 12: Inexpulsables 14-18: Dimensión europea de los efectos del retorno. 21: Prohibición de discriminar
CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES (Artículos 1 a 5)	Artículo 1: Objeto Artículo 2: Ámbito personal Artículo 3: Definiciones Artículo 4: Disposiciones más favorables Artículo 5: Principios de no devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud

ESTRUCTURA DE LA DIRECTIVA DE RETORNO	
CAPÍTULO II: FINALIZACIÓN DE LA ESTANCIA ILEGAL (Artículos 6 a 11)	Artículo 6: Decisión de retorno Artículo 7: Salida voluntaria Artículo 8: Expulsión Artículo 9: Aplazamiento de la expulsión Artículo 10: Retorno y expulsión de menores no acompañados Artículo 11: Prohibición de entrada
CAPÍTULO III: LAS GARANTÍAS PROCESALES (Artículos 12 a 14)	Artículo 12: Forma Artículo 13: Vías de recurso Artículo 14: Garantías a la espera de retorno
CAPÍTULO IV: EL INTERNAMIENTO A EFFECTOS DE EXPULSIÓN (Artículos 15 a 18)	Artículo 15: El internamiento temporal y su inadmisible duración Artículo 16: Las condiciones del internamiento Artículo 17: El internamiento de menores y familias Artículo 18: Situaciones de emergencia
CAPÍTULO IV: EL INTERNAMIENTO A EFFECTOS DE EXPULSIÓN (Artículos 15 a 18)	Artículo 15: El internamiento temporal y su inadmisible duración Artículo 16: Las condiciones del internamiento Artículo 17: El internamiento de menores y familias Artículo 18: Situaciones de emergencia
CAPÍTULO V: DISPOSICIONES FINALES (Artículos 19 a 23)	Artículo 19: Informe trianual Artículo 21: Derogaciones

A) Algunas ideas sobre los considerandos

La Directiva se halla ampliamente fundamentada, reuniendo nada menos que 30 considerandos o fundamentos jurídicos. Los seis últimos se refieren a su ámbito territorial (Dinamarca, Gran Bretaña, Irlanda, Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein).

Los tres primeros Estados citados no participan en la adopción de la presente Directiva y, por tanto, no están vinculados en su totalidad ni sujetos a su aplicación. Ello obedece en definitiva a la geometría variable permitida por el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE. La misma geometría variable permite que participen los cuatro Estados citados en último lugar,

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

a pesar de no ser miembros de la Unión Europea, pero sí partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega y Liechtenstein) o parte en un acuerdo especial con la Comunidad Europea (Suiza).

Algunos considerandos sintetizan la evolución prelegislativa de esta Directiva; ello sucede, por ejemplo, en los dos primeros, que aluden al Programa de Tampere de 1999 y a la decisión del Consejo Europeo de noviembre de 2004 por la que se aprobaba el denominado Programa de La Haya.

El Parlamento Europeo introdujo el tercer considerando, con el siguiente tenor literal: “El 4 de mayo de 2005, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó «Veinte directrices sobre el retorno forzoso» [COM(2005)40]”, adoptado por el Comité *ad hoc* de expertos sobre los aspectos jurídicos del asilo territorial, de los refugiados y de los apátridas (CAHAR), documento al que antes nos referíamos¹⁹. En estas Veinte directrices se habla del retorno forzado (no forzoso, como se traduce en la Directiva); desgraciadamente, aun citando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en ellas también se admite este retorno e incluso el internamiento de menores.

Diversos considerandos de la Directiva afirman con reiteración que es necesario fijar normas claras, transparentes y justas para establecer una política efectiva de retorno (cons. 4) o que es preciso establecer un procedimiento justo y transparente (cons. 6) o la existencia de sistemas de asilo justos y eficientes (cons. 8).

Por otro lado, interesa recordar *la dimensión europea del mal llamado retorno*, por lo menos en un doble sentido, convencional y de eficacia de las medidas de expulsión:

– En la primera dirección el considerando 7 subraya la necesidad de acuerdos de readmisión entre la Comunidad y terceros países a fin de facilitar el proceso de retorno.

– El considerando 14 afirma: “Procede dar a los efectos de las medidas nacionales de retorno una dimensión europea, estableciendo una prohibición de *entrada* que impida la *entrada y la permanencia* en el territorio de todos los Estados miembros”. Completando esta idea, el considerando 18 señala que “procede que los Estados miembros tengan acceso rápido a la información sobre prohibiciones de *entrada* expedidas por otros Estados miembros”, acceso que actualmente se estructura mediante el Sistema de Información de Schengen II (SIS II).

Un significativo número de los considerandos pretende dar a la Directiva de Expulsión cierta legitimidad internacional desde el punto de vista de los Derechos Humanos. Por eso, en determinados casos se recuerda la vigencia de normas internacionales claras, como la que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros; ello conduce a afirmar que “las decisiones que se tomen en el marco de la presente Directiva deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que es preciso tener en cuenta otros hechos aparte de la

(19) Texto en [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2005\)40&Languaje=lanFrench&Ver=addfinal](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2005)40&Languaje=lanFrench&Ver=addfinal).

residencia ilegal” (cons. 6). También se reitera la vigencia del principio de no devolución (cons. 7) o la prohibición de discriminar (cons. 21).

La misma legitimidad se pretende cuando se citan algunos tratados internacionales ratificados por todos los Estados miembros. Ello sucede con la Convención de Derechos del Niño, de 1989 (considerando 22) o la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967 (considerando 23).

Esta insistencia en los considerandos en el respeto a los Derechos Humanos que la Directiva “¿olvida?” parece demostrar la “¿mala conciencia?” del mismo Parlamento ante esta cuestión; claro que será una “mala conciencia” teórica solamente...

B) Las disposiciones generales (Capítulo I)

Los artículos 1-5 contienen las Disposiciones generales, configurando el capítulo I.

Se regula así el objeto, el ámbito personal, las definiciones, la posibilidad de que existan normas más favorables y la existencia de algunos principios cardinales.

– Se define en primer término *el objeto* de la Directiva, afirmando el artículo 1 que

“establece procedimientos y normas comunes que han de aplicarse en los Estados miembros para el retorno de aquellos nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas la protección de los refugiados y las obligaciones en materia de derechos humanos”.

– El artículo 2 regula *el ámbito personal* de aplicación, centrándolo en los extranjeros en sentido propio, o sea en quienes no sean beneficiarios del derecho a la libre circulación de fronteras según el Código de Fronteras Schengen. El párrafo 2 de este artículo contiene una norma dispositiva, que faculta a los Estados miembros a no aplicar la Directiva en algunos supuestos.

– *En las definiciones* (artículo 3) se han producido variaciones considerables, si se compara la propuesta de la Comisión y el texto adoptado por el Parlamento Europeo; el órgano parlamentario ha añadido los conceptos de “riesgo de fuga”, “salida voluntaria” y “personas vulnerables”.

En esta norma se plantea sobre todo la cuestión de fondo de la alteración del sentido habitual de los términos. Ello sucede especialmente con el concepto de “*salida voluntaria*”, que la Directiva define así: “El cumplimiento de la obligación de retorno en el plazo fijado a tal efecto en la decisión de retorno”.

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

Es necesario valerse de un perverso juego de palabras (además mal construido conceptualmente) para asegurar que la salida voluntaria consiste en “el cumplimiento de una obligación”; ¿alguien puede explicar en qué consiste la voluntariedad, si una persona es forzada por la exigencia del cumplimiento de una obligación?

Porque, si acudimos a la vigésima segunda edición del Diccionario de la Lengua Española (de la Real Academia Española)²⁰, en ninguna acepción se admite que la voluntariedad vaya precedida de una obligación. Así, en su primera acepción, según el Diccionario, voluntario es “dicho de un acto: *Que nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad extrañas a aquella*”. Y la segunda acepción todavía es más clara: “Que se hace por espontánea voluntad y no por obligación o deber”.

– El artículo 4 se refiere a *las disposiciones más favorables*, entreabriendo una pequeña puerta a la esperanza y señalando el carácter de mínimo común denominador que tienen muchas de sus normas. La Directiva no se aplicará efectivamente si existen disposiciones convencionales entre la Unión y los Estados terceros o entre Estados miembros y Estados terceros, ya sean bilaterales ya multilaterales o en el mismo acervo comunitario de la inmigración y del asilo. Caben asimismo normas internas más favorables, pero éstas (según el párrafo 3.º) deben ser compatibles con la Directiva; en otros términos, allá donde la Directiva contenga normas dispositivas, los Estados pueden actuar como prefieran; estamos ante un párrafo seguramente innecesario, porque las normas dispositivas se caracterizan precisamente por ofrecer esa libertad.

– El artículo 5 recoge los principios de *no devolución*, *interés superior del niño*, *vida familiar y estado de salud*. El Parlamento ha modificado *in meius* esta norma, puesto que la propuesta de la Comisión únicamente hablaba de relaciones familiares e interés superior del niño.

C) Finalización de la estancia ilegal (capítulo II)

Los artículos 6 a 11 regulan este aspecto de la Directiva, que resulta esencial juntamente con el capítulo III. El capítulo II estructura un sistema complejo para dicha finalización de la estancia ilegal, estableciendo una sucesión de actos del Estado afectado. Pero, frente al sistema complejo, cabe un sistema sencillo; porque, si el derecho interno así lo regula, cabe que finalice la estancia ilegal mediante “un único acto administrativo, o resolución judicial, o acto” (artículo 6, 6.º).

– El artículo 6 aborda la “*decisión de retorno*”, que puede ser expedida por cualquier Estado miembro y que afecta a cualquier nacional de un tercer Estado que se encuentre ilegalmente en su territorio. Esta decisión de retorno tiene importantes excepciones:

- No puede afectar a quienes tengan un permiso de residencia válido u otra autorización que les reconozca un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro; a estas personas se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro.

(20) <http://www.rae.es/rae.html>.

- Tampoco pueden sufrir una decisión de retorno los nacionales de un tercer país, si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de los acuerdos o convenios bilaterales.
 - Los Estados miembros tienen a su vez la posibilidad de conceder permisos de residencia por razones humanitarias o de otro tipo.
 - Si el nacional del tercer país ha solicitado la renovación de su permiso de residencia, el Estado miembro *considerará la posibilidad de abstenerse* de expedir una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente. De nuevo nos encontramos ante una norma dispositiva, puesto que el Estado miembro en definitiva se abstendrá o no se abstendrá.
- El artículo 7 regula la mal llamada “*salida voluntaria*”. Estamos ante una ¿aportación? del Consejo de la UE y del Parlamento Europeo, no contemplada por la Comisión Europea en su propuesta que, al menos en esta materia, no utiliza un lenguaje perverso.

Para la salida voluntaria, la decisión de retorno establecerá por regla general un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días.

Cabe asimismo la prórroga por un plazo prudencial (párrafo 2), pero puede tratarse de una prórroga en la cual el extranjero se encuentra “en libertad vigilada”; en efecto, el párrafo 3 observa que “*durante ese tiempo podrán imponerse determinadas obligaciones para evitar el riesgo de fuga, tales como la obligación de presentarse periódicamente a las autoridades, el depósito de una fianza adecuada, la retención de documentos o la obligación de permanecer en un lugar determinado*”.

– El artículo 8 regula la denominada *expulsión*. Ésta solamente opera cuando el extranjero no se haya marchado “voluntariamente” en el plazo concedido. Desde luego no estamos solamente ante una expulsión judicial, porque el párrafo 3 observa: “Los Estados miembros podrán adoptar una decisión administrativa, resolución judicial o acto independientes por los que se ordene la expulsión”. La desjudicialización de la expulsión constituye sin duda una quiebra trascendental de los Derechos Humanos de los extranjeros y habremos de ver en el futuro su compatibilidad o su incompatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos²¹.

Esta norma, que tampoco se halla en la propuesta de la Comisión con el contenido de la actual Directiva, prevé asimismo el uso de medidas coercitivas, ciertamente como último recurso. Las 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”.

(21) La alegación efectuada, por algunos políticos favorables a la Directiva, de que ésta tendrá el benefactor efecto de reconducir a aquellos países de la Unión Europea que, al parecer, actualmente incumplen el contenido de la Convención Europea de Derechos Humanos en esta materia, al permitir internamientos indefinidos y no judicializados, no puede servir de coartada para su aceptación. Aquellos países, que no respetan los derechos humanos, también los de las personas migrantes, no merecen formar parte de una Unión Europea garante de los derechos fundamentales de todas las personas.

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

La misma norma, que toda ella contiene una importante carga de imperatividad, se torna todavía más imperativa cuando, en su párrafo 6, afirma: “*Los Estados miembros crearán un sistema eficaz de control del retorno forzoso*”.

Por supuesto, cabe la expulsión mediante los ya conocidos “vuelos conjuntos”, en el anexo de cuya Directiva (antes citada) se adoptan medidas que parece serán aplicadas en el caso de esta Directiva de Expulsión.

– El artículo 9 aborda el *aplazamiento de la expulsión*. Su párrafo 1 señala que se producirá tal aplazamiento “cuando ésta violare el principio de no devolución”, aplicación del mencionado principio que parece por lo menos cuestionable; si realmente una expulsión viola la mencionada norma internacional de no devolución, no parece adecuado aplazar la expulsión, sino simplemente respetar el principio citado en toda su integridad y no adoptar ninguna decisión de expulsión.

También se produce el aplazamiento cuando un recurso judicial tenga efectos suspensivos sobre la expulsión. Indudablemente ese carácter suspensivo del recurso judicial depende del ordenamiento de cada Estado miembro.

Puede además producirse el aplazamiento debido en particular al estado físico o mental de la persona o por “razones técnicas, tales como la falta de capacidad de transporte o la imposibilidad de ejecutar la expulsión debido a la falta de identificación”. Por tanto, la misma Directiva reconoce implícitamente que, a pesar de todo, podemos encontrarnos con los “*inexpulsables*”.

En la hipótesis de los inexpulsables el considerando 12 observa que

“procede definir sus condiciones básicas de subsistencia según la legislación nacional. Para poder demostrar su situación concreta en el caso de controles o verificaciones administrativas, es preciso dar a estas personas una confirmación escrita. Los Estados miembros deben disfrutar de amplia discreción sobre la forma y formato de la confirmación escrita y pueden incluirlas en las decisiones de retorno adoptadas en virtud de la presente Directiva”.

Pero desgraciadamente esta previsión del citado considerando no encuentra después acomodo alguno en la parte articulada de la Directiva, con lo que puede quedar en el más olvidado de los limbos jurídicos.

– El artículo 10 se refiere al *retorno y expulsión de menores no acompañados*. En él se reitera el principio del interés superior del niño, pero dicho principio sin duda carecerá del más mínimo efecto práctico pues se permite la enorme barbaridad de expulsar a menores no acompañados.

Y se permite tal barbaridad (¿qué fue de las previsiones de la Convención de Derechos del Niño, citada en los considerandos?), según el párrafo 2.^º de este artículo 10, tras haber obtenido “*la garantía de que dicha persona será entregada a un miembro de su familia, a un tutor previamente designado o a unos servicios de recepción adecuados en el Estado de retorno*”.

Inmediatamente surge una duda más que razonable y más que fundada en la experiencia reciente: ¿Serán servicios de recepción adecuados de un Estado los servicios policiales del mismo?

– El artículo 11 establece las normas sobre *la prohibición de entrada*. Señala que “la duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, *en principio, su vigencia no será superior a cinco años*”.

El plazo puede superarse si el extranjero representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Cabe la retirada y la suspensión de esta prohibición de entrada e incluso puede no imponerse (por motivos humanitarios).

Además, si un Estado miembro estudia la posibilidad de expedir un permiso de residencia u otra autorización que otorgue un derecho de estancia a un nacional de un tercer país que esté sujeto a una prohibición de entrada dictada por otro Estado miembro, consultará en primer lugar al Estado miembro que haya dictado la prohibición de entrada.

D) Las garantías procesales (capítulo III)

Los artículos 12-14 contienen las llamadas garantías procesales. Nos encontramos asimismo con numerosas normas claramente inadmisibles desde la perspectiva de los Derechos Humanos, como comprobaremos a continuación.

– El artículo 12 se titula “*forma*” y afecta tanto a las decisiones de retorno como a las de prohibición de entrada y de expulsión. Esta forma exige que tales decisiones se expidan “por escrito y consignarán los fundamentos de hecho y de derecho, así como información sobre las vías de recurso de que se dispone”. Aquí el texto de la Directiva mejora indudablemente la propuesta de la Comisión Europea, que únicamente exigía que se expidieran por escrito, sin añadir más exigencias.

Muchos más problemas ofrece el párrafo 2 de este artículo, cuando señala:

“Los Estados miembros proporcionarán, previa petición, una traducción escrita u oral de los principales elementos de *las decisiones* de retorno, *conforme a lo dispuesto en el apartado 1, incluida información sobre las vías de recurso*, en una lengua que el nacional del tercer país *comprenda o que pueda suponerse razonablemente que comprende*”.

La exigencia de petición previa no resulta demasiado acorde con la seguridad jurídica ni, por tanto, con el Estado de Derecho y la Unión de Derecho. Más bien nos encontramos en el ámbito de *una inseguridad jurídica palmaria* (salvo para el Parlamento Europeo).

Pero la seguridad jurídica se ve además seriamente dañada cuando se pueden comunicar oralmente y cuando puede hacerse en una lengua que comprenda o que pueda suponerse razo-

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

nablemente que comprende; si, por ejemplo, en un país centroeuropeo la lengua oficial es el francés, se supondrá (no necesariamente de modo razonable, diga lo que diga la norma) que el inmigrante originario de ese país la conoce...

En este ámbito de una *inseguridad jurídica palmaria*, todavía se abre la mano en mayor medida cuando el párrafo 3.º de este artículo 12 observa que, a quienes entraron ilegalmente en territorio de un Estado miembro y no obtuvieron autorización o derecho a permanecer en él, se les puede imponer una forma (llamémosla así) simplificada, en la cual “*la notificación de las decisiones de retorno se efectuará por medio de un formulario normalizado según disponga la legislación nacional*”. Si, como explicaban algunos defensores de esta Directiva, se trataba de dar más garantías jurídicas a las personas que se hallen irregularmente en territorio de un Estado miembro de la UE, esta norma las hace desaparecer para la mayoría de estas personas y tales garantías pueden quedar tan sólo para las personas que se hallen irregularmente por haber caducado sus permisos. Por todo ello puede decirse –sin caer en ninguna demagogia– que la inseguridad jurídica se ha adueñado de gran parte de los extranjeros en situación irregular.

– El artículo 13 aborda *las vías de recurso*. Afortunadamente su párrafo 1 señala que los Estados miembros concederán a los extranjeros “el derecho a interponer recurso efectivo contra las decisiones relacionadas con el retorno o pidiendo que se revisen éstas”. Pero, como suele suceder en la vida, la fortuna es mudable y de escasa duración, porque el mismo párrafo no exige que el recurso se pueda interponer sólo ante órganos judiciales, sino que cabe asimismo ante una autoridad administrativa u otro órgano competente.

Según la Directiva, el órgano ante el que se recurre será competente para revisar las decisiones relacionadas con el retorno, “pudiendo asimismo suspender temporalmente su ejecución, salvo cuando la suspensión temporal sea ya de aplicación en virtud de la legislación nacional”.

Contribuye asimismo a esa inseguridad jurídica palmaria (o sea, clara, patente, manifiesta) el párrafo 3.º de este artículo 13, en el que se lee:

“El nacional de un tercer país afectado *podrá tener* asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística”.

¿Cómo se defenderá un extranjero si no tiene asesoramiento jurídico, representación y asistencia lingüística? ¿No se convierten, en caso contrario, las vías de recurso en pura falacia? La propuesta de la Comisión era sin duda más clara y más ajustada a derecho, puesto que (imprimiendo un carácter imperativo y no dispositivo a la futura norma) en su artículo 12, párrafo 3.º, señalaba que los Estados miembros “garantizarán... la posibilidad de obtener representación, asesoramiento jurídico y, en su caso, asistencia lingüística”.

El párrafo 4 de este artículo 13 de la Directiva afirma asimismo:

“Los Estados miembros velarán por que la asistencia y/o representación jurídica necesaria se conceda, previa solicitud, de forma gratuita con arreglo a la legislación nacional pertinente o las normas relativas a la asistencia jurídica gratuita”.

También aquí hay una diferencia esencial con la propuesta de la Comisión Europea, donde (reiterando ese carácter imperativo) simplemente se lee que

“se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes carezcan de recursos económicos suficientes en la medida en que dicha asistencia sea necesaria para garantizar un acceso efectivo a la justicia”²².

– Por su parte, el artículo 14 de la Directiva regula *las garantías a la espera del retorno*. La propuesta de la Comisión reconocía en este caso la mayoría de los derechos que la Directiva 2003/9/CE (por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros) concede a los solicitantes de asilo, incluida la libertad de circulación y de residencia, la atención sanitaria y medidas de otro tipo para personas con necesidades particulares.

Pero la Directiva se ha quedado mucho más corta, porque el párrafo 1 del artículo 14 señala que “los Estados miembros *velarán... por que se tengan en cuenta, en la medida de lo posible*, los siguientes principios en relación con los nacionales de terceros países durante el plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7 y durante los períodos de aplazamiento de la expulsión de conformidad con el artículo 9:

- se mantendrá la unidad familiar con los miembros de la familia presentes en su territorio;
- se les garantizará la atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades;
- según la duración de su estancia, se dará a los menores acceso al sistema de enseñanza básica;
- se tendrán en cuenta las necesidades especiales de las personas vulnerables”.

Hemos de tener presente la formulación de esta norma como derecho blando; así se deduce de las expresiones “los Estados velarán... por que se tengan en cuenta” y “en la medida de lo posible”. Por eso los Estados miembros pueden hacer en esta materia casi todo lo que deseen, salvo someter a esas personas a expulsar a tratos crueles, inhumanos o degradantes; y, junto a la posibilidad de hacer, está asimismo la de no hacer, bajo la excusa de que no es posible o formulando otra excusa semejante.

El mismo artículo 14, en su párrafo 2.º, obliga a los Estados a proporcionar “confirmación escrita” de la decisión de la prórroga para la salida “voluntaria” de un extranjero o de la suspensión temporal de la salida.

(22) Recordamos aquí la Carta que, con fecha 16 de junio de 2008, dirigió el CCBE Conseil des barreaux européens– *Représentant les avocats d'Europe* a la presidencia del Parlamento Europeo: “(...) le CCBE soutient vivement le Parlement européen dans sa mission visant à garantir l'accès à la justice, ce qui implique l'obligation imposée aux Etats membres de fournir une aide juridique à toute personne dans le besoin sans tenir compte, entre autres, de son origine ou de sa nationalité. Cette garantie constitue une pierre angulaire essentielle de tout pays régi par l'Etat de droit. Par conséquent, le CCBE estime que le principe repris à l'article 12, al. 4 et au considérant (7) de la proposition actuelle, prévoyant que la législation des Etats membres en vigueur jouera un rôle dans les décisions en matière d'aide juridique et d'éligibilité des personnes couvertes par cette directive, ne suffit pas à garantir ce droit fondamental qui doit être protégé tant par la législation européenne que nationale”.

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

E) El internamiento a efectos de expulsión (capítulo IV)

El capítulo sobre el internamiento a efectos de expulsión (artículos 15-18) es el que ha provocado (con toda razón) más polémica. Se trata asimismo del que más afecta directamente a los Derechos Humanos de los extranjeros.

a) El internamiento y su inadmisibile duración

– El artículo 15 se titula precisamente “*internamiento*” y, en su párrafo 1.º, observa que, salvo que sean suficientes otras medidas menos coercitivas,

“los Estados miembros *podrán mantener internados a los nacionales de terceros países* que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o la ejecución del proceso de expulsión, *especialmente cuando:*

haya riesgo de fuga, o el nacional de un tercer país afectado evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión”.

Ha de observarse en primer término que se señalan dos hipótesis para el internamiento, pero que estamos ante una lista abierta; por eso dice la norma “especialmente cuando” se dé alguna de esas hipótesis y no dice exclusivamente cuando se produzca alguna de ellas.

En segundo término, la propuesta de la Comisión señalaba otras medidas coercitivas distintas y de menor contenido aflictivo; en efecto, el artículo 14 de la propuesta de la Comisión Europea hablaba de la

“obligación de presentarse periódicamente a las autoridades, depósito de fianza, retención de documentos, obligación de permanecer en un lugar designado u otras medidas para prevenir dicho riesgo”.

Desde luego estas medidas han desaparecido totalmente de la Directiva; ello permite que nos preguntemos: ¿Se deberá la desaparición acaso a la voluntad (de las instituciones que adoptan la Directiva, o sea el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE) de que ningún jurista avisado (y no ignorante ni demagogo) pueda exigir en el futuro que se adoptase al menos una de estas medidas antes del internamiento? Como en el Informe WEBER se mantenía esta enumeración de la Comisión (ver enmienda núm. 55), será preciso deducir que la supresión viene directamente del momento en el que se produce la negociación entre las citadas instituciones.

– Dice el párrafo 2 de este artículo 15 de la Directiva que “el internamiento será decidido por las autoridades *administrativas o judiciales*”. Y también aquí se ha producido una reforma *in peius*, una reforma contra los Derechos Humanos de los extranjeros, porque el mencionado Informe WEBER introduce la desjudicialización de la decisión de internamiento (enmienda núm. 56), dándole la formulación que recoge la Directiva. De nuevo nos encontramos ante una *inseguridad jurídica palmaria*.

Precisamente para que esa desjudicialización no sea total, el párr. 2.º del artículo 15 de la Directiva prevé:

“Cuando el internamiento haya sido ordenado por una autoridad administrativa, los Estados miembros:

Dispondrán el control judicial rápido de la legalidad del internamiento, que deberá decidirse lo más rápidamente posible desde el comienzo del internamiento, o concederán al nacional de un tercer país afectado el derecho de incoar un procedimiento para que se someta a control judicial rápido la legalidad de su internamiento, que deberá decidirse lo más rápidamente posible desde la incoación del procedimiento; en este caso, los Estados miembros informarán inmediatamente al nacional de un tercer país afectado sobre la posibilidad de incoar dicho procedimiento”.

La Directiva (artículo 15.2.º, inciso final) señala que el nacional de un tercer país “será liberado inmediatamente si el internamiento es ilegal”. En un Estado de Derecho no solamente debe ser liberado inmediatamente, sino que también tendrá derecho a una reparación efectiva. Así lo recoge expresamente el artículo 5.5.º, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dice:

“5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”.

– Cabe asimismo que nos encontremos con un internamiento inefectivo, con extranjeros “inexpulsables”. Pues bien, según el párrafo 4.º de artículo 15 de la Directiva, “en el momento en que parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, o que hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, *dejará de estar justificado el internamiento y la persona afectada será liberada inmediatamente*”. En otras palabras, cesará así este atentado contra la libertad de esas personas. A diferencia del internamiento ilegal, en esta hipótesis no surgirá la obligación de reparar.

– La *revisión del internamiento* ofrece asimismo un gran interés, perjudicando de nuevo los Derechos Humanos del extranjero. Según el párrafo 3.º de este artículo 15 de la Directiva,

“en todos los casos, se revisará la medida de internamiento a intervalos razonables cuando así lo solicite el nacional de un tercer país afectado o de oficio. En caso de plazos de internamiento prolongados, las revisiones estarán sometidas a la supervisión de una autoridad judicial”.

Obsérvese de nuevo cómo la revisión a intervalos razonables sólo se realizará a solicitud del extranjero; ha de señalarse además que la revisión solamente será judicial cuando los internamientos sean prolongados, concepto este claramente indeterminado en cuanto a la duración para que puedan ser calificados como tales. Mucho se ha alejado esta norma de la propuesta de la Comisión Europea que, en su artículo 14, señalaba:

“Las órdenes de internamiento temporal serán objeto del control de las autoridades judiciales, *por lo menos, una vez al mes*”.

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

Siendo consciente la Comisión de que el internamiento afecta a la libertad personal del extranjero, establecía este control judicial mínimo. Parece que, de nuevo, el Sr. WEBER tiene algo que decir en la materia; pero lo realmente inadmisibile es que el Parlamento Europeo asumiera las tesis weberianas, tan alejadas de los Derechos Humanos.

– Respecto a la duración del internamiento, según el párrafo 1.º de la Directiva, “*será lo más corto posible*”. En la misma perspectiva, “*cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses*” (artículo 15.5.º, de la Directiva). La idea de seis meses como máximo (y de ningún modo es un plazo corto) la expresaba la Comisión (artículo 14.4.º de la propuesta), indicando además que la ampliación debía ser realizada por las autoridades judiciales.

Pero el artículo 15 contiene un 6.º párrafo que dice:

“Los Estados miembros sólo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un período limitado no superior a doce meses más, con arreglo a la legislación nacional, en los casos en que, pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará:

debido a la falta de cooperación del nacional de un tercer país afectado, o

por demoras en la obtención de la documentación necesaria que deban expedir terceros países”.

Este párrafo suscita diversas cuestiones de gran calado:

1.^a Comienza con un tono formalmente restrictivo, cuando señala que los Estados “sólo podrán prorrogar” el plazo de internamiento en determinadas circunstancias. Hablamos de un tono formalmente restrictivo porque la lectura completa de este artículo demuestra que son numerosas y bastante discrecionales las posibilidades de prorrogar dicho plazo.

2.^a La duración del internamiento se ha elevado nada menos que a 18 meses. El Sr. WEBER resulta asimismo en parte responsable de esta desproporcionada ampliación, efectivamente, su enmienda núm. 60 decía: “4 ter. *Los Estados miembros preverán un plazo de tres meses transcurrido el cual el internamiento temporal dejará de estar justificado. Los Estados miembros podrán abreviar este plazo o prorrogarlo hasta 18 meses*”. La responsabilidad weberiana afecta a los dieciocho meses; su tesis resulta además claramente incomprensible si se piensa que su propuesta era de tres meses: ¿Qué razones tan poderosas llevaron al europarlamentario a multiplicar nada menos que por seis su propuesta general?²³.

(23) El Tribunal Constitucional en su STC 115/87 recuerda que la fijación en 40 días de la medida de internamiento en el derecho interno español de extranjería guarda relación con la previsión normativa contenida en el artículo 16.4.º del Convenio Europeo de Extradición de 12 de diciembre de 1957. Dicho Convenio ha sido ratificado por los 27 Estados que forman parte de la Unión Europea y por tanto obliga a todos ellos.

3.^a Esta duración implica una inequívoca y gravísima criminalización de la inmigración irregular²⁴. ¿Cuántos delitos, en los Códigos penales vigentes en los civilizados Estados europeos, no alcanzan semejante pena? La respuesta bien merece un examen comparativo que demostrará ineluctablemente que se ha criminalizado lo máximo posible la inmigración irregular en la UE.

4.^a *La ampliación del plazo no la decide una autoridad judicial*, la decide el Estado miembro, o sea cualquiera de sus órganos competentes para ello. Precisamente la propuesta de la Comisión exigía la decisión de autoridades judiciales, ahora desaparecida. De nuevo está clara la desjudicialización de esta materia.

5.^a Se prolonga el internamiento en dos hipótesis: La falta de cooperación del extranjero y, lo más grave, demoras en la obtención de la documentación que deban expedir otros países. Sin duda la primera obedece a la conducta del afectado y resulta lógica esa prolongación.

6.^a Pero la segunda hipótesis de prolongación del internamiento puede obedecer a muchas causas (inexistencia de registros, mal funcionamiento de la administración, corrupción, persecución al extranjero en situación irregular, etc.), de las cuales el afectado no es responsable e incluso contra las cuales tal vez luchó en el pasado; en algunas de estas causas el afectado puede ser incluso doblemente víctima, de su Estado de origen –cuyas autoridades no lo documentan o lo documentan de modo falso– y del Estado de recepción.

Pues bien, según la Directiva, se prolongará su privación de libertad (en eso consiste el internamiento, no nos engañemos) por actos de los que no es responsable. ¿Alguien piensa de verdad que esta prolongación es justa? ¿Va a cargar la persona (que, en la mayoría de los casos ha salido de su país forzada, expulsada no jurídicamente pero sí social, económicamente) con la responsabilidad de la corrupción y de la ineficacia de los órganos del Estado que le obligó a emigrar?

b) Las condiciones del internamiento

– El artículo 16 de la Directiva regula las *condiciones del internamiento*. Estamos ante otra cuestión del mayor interés, teórico y práctico.

Según el párrafo 1.º del artículo 16,

“como norma general, el internamiento se llevará a cabo en *centros de internamiento especializados*. En los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios.”

La cualidad de los centros de internamiento, sus instalaciones, etc., resultan desde luego esenciales para lograr un trato humano de las personas que se hallen en ellos.

(24) En este punto debemos recordar que una Corrigenda del texto de propuesta de Directiva 8148/08 COR 1 evitó que la privación de libertad no se llevara a efecto en centros penitenciarios. Aún en la actualidad, el artículo 16.1 de la Directiva permite los internamientos en tales centros con las consiguientes reservas.

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

Hemos de observar que (desgraciadamente de nuevo) cabe el internamiento en centros penitenciarios. Cabe cuando un Estado no pueda proporcionar centros especializados; pero nadie sabe quién controla si el Estado X puede o no puede internar a los extranjeros a expulsar en centros especializados o si recurre al fácil expediente de hacerlo en los penitenciarios, criminalizando todavía en mayor medida a estas personas.

El párrafo 2.º de esta norma no ofrece demasiados problemas teóricos; afirma el derecho de contactar con sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares competentes. La posibilidad de contactar con las autoridades consulares de su Estado de origen se cimenta en el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares (en la cual los 27 Estados miembros de la UE son partes) y pretende evitar problemas como los surtidos, por ejemplo, en las relaciones entre Estados Unidos y Alemania (caso de los HERMANOS LAGRAN) o entre Estados Unidos y México (caso AVENA Y OTROS 51 MEXICANOS).

Interesa asimismo recordar que el párrafo 4.º del artículo 16 de la Directiva prevé la visita de las Organizaciones Internacionales y no gubernamentales; aun cuando esta norma sea considerada como positiva, no debemos olvidar que “tales visitas podrán *estar sujetas* a autorización previa”.

c) El internamiento de menores y familias

– El artículo 17 de la Directiva regula esta materia, que sin duda también atenta contra los Derechos Humanos.

Según el párrafo 1.º, del artículo 17, *“los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible”*. Como último recurso, pero internados.

El resto de este artículo se limita a dulcificar un poco este internamiento: Alojamiento separado para las familias, posibilidades de que los menores tengan acceso a la educación, al juego y a las actividades recreativas, proclamación una vez más del interés superior del menor...

¿Alguien piensa en serio que se respeta el interés superior del menor sometiéndole a medidas de internamiento?

¿Son conscientes los Estados miembros de la UE de sus obligaciones como Estados partes en la Convención de Derechos del Niño, cuyo artículo 2.1.º, señala:

“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

Surge asimismo otra duda: ¿Podrán en algún caso ser internados los menores en centros penitenciarios? Porque el artículo 15.3.º, de la propuesta de la Comisión señalaba expresamente: “Los Estados miembros garantizarán que no se mantenga a menores sujetos a internamiento temporal en centros penitenciarios comunes”. Resulta muy sospechoso que esta garantía haya desaparecido de la Directiva.

d) Situaciones de emergencia

– El artículo 18 de la Directiva regula las situaciones de emergencia, sobre todo cuando un número excepcionalmente importante de extranjeros deban ser repatriados (párrafo 1.º).

En tales situaciones los Estados pueden ampliar los períodos establecidos para el control judicial. También pueden adoptar medidas excepcionales en cuanto a las condiciones de internamiento, incluido el de las familias. Cuando se adopten estas medidas, hay obligación de comunicarlo a la Comisión Europea.

Además,

“nada en el presente artículo puede interpretarse en el sentido de que se permite a los Estados miembros no cumplir con su obligación general de tomar todas las medidas adecuadas, generales o particulares, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la presente Directiva” (párrafo 3.º).

Este último párrafo parece destinado a tranquilizar conciencias jurídicas, aun cuando posiblemente tenga efectos nulos en la realidad.

F) Las disposiciones finales (capítulo V)

Los artículos 19 a 23 contienen las disposiciones finales. En ellos se encarga a la Comisión Europea que realice un informe trianual al Parlamento Europeo sobre el cumplimiento de la Directiva (artículo 19).

Se prevé la incorporación al ordenamiento jurídico nacional en un plazo de 24 meses tras la entrada en vigor de la Directiva; dicha entrada en vigor se producirá a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la UE, publicación todavía no realizada en el momento de elaborar este Dossier.

Pero la entrada en vigor alcanza hasta los 36 meses para el artículo 13.4.º, que regula la asistencia jurídica gratuita.

Otra norma de interés tiene carácter derogatorio: El artículo 21 señala que las normas de la Directiva sustituyen a *las disposiciones* de los artículos 23 y 24 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

IV. ALGUNAS REACCIONES

A) La reacción de la Organización de los Estados Americanos

La OEA decide enviar una misión de alto nivel a la Unión Europea para discutir implicancias de la nueva normativa migratoria (26 de junio de 2008).

El Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA) adoptó hoy por aclamación una resolución que encomienda al Secretario General, José Miguel Insulza, acompañar a una misión de alto nivel de los Estados Miembros a la Unión Europea para “obtener información y discutir sobre las implicancias” de la Directiva de Retorno en materia Migratoria, aprobada el pasado 18 de junio por el Parlamento Europeo.

Los Ministros de Relaciones Exteriores de Perú, José Antonio García Belaunde; y de Colombia, Fernando Araújo Perdomo; así como el Vicecanciller de Paraguay, Antonio Rivas Palacios; y la Subsecretaria de Relaciones Exteriores de México, Lourdes Aranda, se trasladaron especialmente desde sus respectivos países a la sede de la OEA, en Washington DC, para asistir la Sesión Extraordinaria del *Consejo Permanente*.

La decisión aprobada en la fecha también encomienda a la mencionada comitiva “buscar soluciones prácticas a través del diálogo a las inquietudes expresadas por algunos Estados Miembros con respecto a dicha Directiva”, y solicita al Secretario General que informe al Consejo Permanente sobre los resultados de la citada acción.

En la resolución, los 34 Estados Miembros de la OEA expresan su “preocupación por las leyes y medidas adoptadas por algunos Estados que pueden restringir los derechos humanos y libertades fundamentales de los migrantes”, y recuerda que los Estados “deben cumplir con sus obligaciones de conformidad con el derecho internacional, incluyendo el derecho internacional de los derechos humanos, con el fin de garantizar el pleno respeto de los derechos humanos de los migrantes”.

Tras la aprobación unánime del documento, presentado por el Grupo de países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (*ALADI*) en base a una propuesta del Perú, el Secretario General Insulza lamentó que el contenido de la Directiva europea sobre migraciones “no haya sido conversado antes (entre ambas regiones), habiendo muchas oportunidades de hacerlo”, incluyendo la reciente Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno entre la Unión Europea y América Latina y el Caribe, celebrada el pasado mes de mayo en Lima, Perú.

El titular del máximo organismo hemisférico recordó que para las Américas la cuestión migratoria constituye “un tema muy sensible”, que no puede ser abordado únicamente desde un punto de vista jurídico o policial. “Tenemos que reconocer que en un período de globalización como el que hoy día vivimos, este es un tema esencialmente económico y social, porque la gente va donde están los empleos; y este es un fenómeno natural que no lo vamos a interrumpir ni lo vamos a eliminar sobre la base de puras acciones coercitivas”, dijo.

Según Insulza, la única forma de regular los flujos migratorios es “sobre la base de la cooperación, del diálogo franco y de un enfoque multilateral. Creo que es un error, por lo tanto, anteponer las normas a la discusión de los temas. Yo espero sinceramente que podamos realizar este diálogo, sobre todo entre Europa y América Latina y el Caribe”, agregó.

Por su parte, al fundamentar la presentación de la resolución que más tarde sería aprobada por aclamación, el Ministro de Relaciones Exteriores de Perú cuestionó algunas “disposiciones compulsivas” de la Directiva de Retorno, puesto que “están orientadas a restringir la migración y criminalizar la inmigración irregular, aún a costa de avances arduamente logrados para colocar al ser humano como el bien central que el sistema internacional debe cautelar”.

También el Canciller de Colombia se hizo presente en la Sesión Extraordinaria del Consejo Permanente para “hacer causa común con los amigos del Continente en la atención del tema de la migración de nuestros ciudadanos en Europa, porque evidentemente representa un tema muy importante desde el punto de vista del respeto a los derechos humanos y también representa un asunto muy importante desde el punto de vista económico, por el valor de las remesas que estos ciudadanos de América envían a nuestros países desde su lugares de migración”.

El Vicecanciller del Paraguay instó a los países del mundo desarrollado a “asumir que las causas de la emigración de nuestros connacionales se hallan en la pobreza estructural, en la falta de oportunidades”, y les solicitó que “deben comprender que las asimetrías económicas internacionales, los multimillonarios subsidios que distorsionan la competitividad; la falta de apertura de los mercados del mundo desarrollado a los productos de los países emergentes y no desarrollados, retroalimentan las condiciones económico-sociales que impulsan a nuestros nacionales a emigrar”.

En la Sesión también intervino la Subsecretaria de Relaciones Exteriores de México para señalar que “la participación de México en esta reunión se sustenta en su compromiso permanente e indeclinable con la defensa de los derechos humanos de los migrantes”. La diplomática resaltó que su país “lamenta la aprobación de la Directiva de Retorno de la Unión Europea en materia Migratoria”, y recordó que “este es el momento de abrir el diálogo con nuestras contrapartes de la Unión Europea para dar una expresión concreta al principio de responsabilidad compartida, con un enfoque integral” al fenómeno de la migración.

Al término de esta intervención, los Representantes Permanentes de Venezuela, Brasil, Belize, Uruguay, Argentina, Chile, Nicaragua, República Dominicana, Estados Unidos, Bolivia, Costa Rica, Canadá, Guatemala, El Salvador y Panamá, hicieron uso de la palabra para expresar los puntos de vista de sus respectivos países sobre la Directiva europea de Retorno de Migrantes.

Finalmente, y una vez aprobada la resolución del Consejo Permanente, el Observador Permanente de la Comisión Europea, Embajador John Bruton, y el Observador Permanente de Eslovenia (país que detenta en la actualidad la Presidencia de la Unión Europea), Embajador Samuel

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

Zbogar, se dirigieron a los presentes para referirse al tema migratorio, al alcance de lo dispuesto en la Directiva de Retorno, así como al interés de ese bloque regional y sus autoridades en iniciar un diálogo constructivo con la OEA y sus Estados Miembros en la materia.

La resolución puede encontrarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.oas.org/consejo/sp/resoluciones/res938.asp>.

B) La reacción de UNASUR

UNASUR rechaza directiva de retorno de la Unión Europea.

Santiago de Chile, 5 de julio (PL) La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) reiteró hoy su rechazó a la llamada “Directiva de Retorno” de la Unión Europea (EU) y denunció cualquier intento de criminalización de los migrantes que pueda implicar la aplicación de esa normativa.

La organización, cuya presidencia *pro t  pore* ejerce Chile, subraya en comunicado que “los derechos humanos de que son titulares los migrantes est  n garantizados por diversos instrumentos internacionales suscritos por los Estados de ambas regiones”.

Basados en el principio de coherencia, indica, los Estados miembros de UNASUR exigen un trato justo y humanitario para todos sus migrantes en la UE, en consonancia con la generosa acogida brindada a cientos de miles de nacionales europeos y sus descendientes en América del Sur.

Esta reciprocidad histórica debería orientar el tratamiento de la migración entre ambas regiones, evitando el riesgo de acciones hostiles y discriminatorias contra nuestros ciudadanos y ciudadanas en el territorio de la UE, agrega.

Más adelante, UNASUR llama a la UE a “cooperar en la conformación de un espacio de encuentro y diálogo que posibilite generar una agenda biregional y una solución equitativa sobre el fenómeno migratorio”.

Recuerda que la libre movilidad es un derecho inherente al ser humano y, en ese sentido, el orden internacional debe contemplar la libre circulación de las personas.

A su vez, demanda que “las personas que est  n haciendo una contribución económica, social y cultural en otro país tengan un tratamiento digno y acceso a los elementos mínimos que les den seguridad y tranquilidad a sí mismos y a sus familias”.

La UNASUR est   integrada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guayana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. (texto en <http://www.prensalatina.com.mx/article.asp?ID=%7B7AEF3606-183B-4D7C-95E3-52858BE798EF%7D>).

C) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, de julio de 2008

La Resolución 03/08 “Derechos Humanos de los Migrantes, estándares internacionales y Directiva europea sobre retorno” recuerda

“Tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han subrayado la necesidad de que se adopten y pongan en práctica políticas migratorias acordes con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.” Y en particular el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, incluyendo las cuestiones relacionadas con la no discriminación, el debido proceso y las salvaguardas procesales básicas, las condiciones de detención en instalaciones para inmigrantes y la obligación de asegurar que las personas en riesgo de persecución no sean devueltas a su país”.

La CIDH expresa en su resolución que la Directiva

“genera serias preocupaciones en relación específicamente con la falta de garantías suficientes para que se respeten íntegramente los derechos de los solicitantes de asilo y de otros migrantes”.

“(…) los países deben asegurar que sus políticas y prácticas incluyan mecanismos suficientes para identificar solicitudes de este tipo y tomar las determinaciones administrativas y judiciales pertinentes, con las correspondientes garantías de un debido proceso”.

Asimismo, recuerda que

“(…) las normas internacionales establecen que la detención debe aplicarse sólo de manera excepcional y luego de haber analizado en cada caso su necesidad. En todos los casos, los estados deben evitar la prolongación excesiva de la detención y deben asegurar que sea lo más breve posible. Asimismo, las normas internacionales establecen que la detención debe aplicarse sólo de manera excepcional y que, en ese caso, debe ser lo más breve posible”.

La Comisión señala, además, que los migrantes no deben ser reclusos en instalaciones carcelarias.

“Mantener a personas en un centro de tipo penal por haber infringido las disposiciones sobre migración es incompatible con las garantías básicas de los derechos humanos”.

Por otro lado,

“Es necesario que los países proporcionen protecciones o garantías especiales a los migrantes en condiciones particularmente vulnerables. Cuando se toman decisiones respecto a niños, niñas y adolescentes debe considerarse en primer lugar el interés superior de ellos. Asimismo, las normas internacionales exigen la adopción de medidas especiales en el caso de personas que han sido sujetas a tráfico o que forman parte de algún otro grupo vulnerable”.

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

De igual manera, reconoce que

“El derecho internacional prevé que los países tienen tanto el derecho como la obligación de establecer mecanismos para controlar el ingreso y la salida de extranjeros de su territorio. Al mismo tiempo, establece que las acciones en este sentido deben realizarse con el debido respeto hacia los derechos de las personas afectadas, y que la observancia de principios fundamentales, como la no discriminación y el derecho a la integridad personal, no pueden subordinarse a la implementación de las políticas públicas”.

Finalmente, la Comisión Interamericana señala en su resolución que

“Los estándares internacionales, incluidos los aplicados por organismos regionales, deben ser respetados por todos los Estados”. Y “exhorta al Parlamento y al Consejo de la Unión Europea, así como a los Estados que integran dicha organización, a que modifiquen la Directiva de Retorno para adecuarla con los estándares internacionales de derechos humanos para la protección de los y las migrantes”.

D) “La Directiva de la Infamia”

Santos JULIÁ, en el Diario *El País* del 13 de julio de 2008, escribe bajo ese título:

“Hay que restregarse los ojos para creer en lo que se está leyendo... Si hay alguna demagogia en todo esto es la cometida por los parlamentarios al aprobar una Directiva que trata peor que a delincuentes a los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en el territorio de un Estado miembro, a los que por un procedimiento administrativo se les puede encerrar en una cárcel por un período de 18 meses...”

Es posible... que, antes de esta Directiva, nueve Estados tuvieran encerrados en pocilgas a los inmigrantes ilegales durante dos, tres o más años, sin procesarlos ni expulsarlos. Ahora, si para limitar el plazo de esta flagrante violación de derechos humanos se aprueba una Directiva que permite a todos los Estados encerrar a esos inmigrantes durante 18 meses, entonces habremos reducido el nivel de infamia de unos Estados por el procedimiento de elevar el nivel de infamia de todos los demás. Este es el hecho. Y este hecho, sencillamente, no tiene explicación, aunque el presidente, que es un hombre honrado, llame demagogos e ignorantes a quienes se preguntan si para aprobar este tipo de Directivas merece la pena votar, primero, y mantener, después, a la clase política más costosa, mejor pagada y más viajada que nos representa en el Parlamento Europeo”.

V. CONCLUSIÓN GENERAL: ¿Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS INMIGRANTES?

El análisis realizado parte de un recorrido bastante completo por la documentación que constituye el *iter* legislativo de la Directiva.

Los problemas suscitados por la misma son ciertamente muy graves. La propuesta de la Comisión Europea de 2005 resultaba ya criticable pero el resultado final es mucho peor, incluso mucho peor de lo esperado.

Se ha producido una *indudable criminalización* del inmigrante en situación irregular. Se le penaliza (en la realidad el internamiento es una pena) con un castigo más elevado que si hubiera cometido algunos delitos. El internamiento durante un plazo máximo de 18 meses resulta desde luego radicalmente inadmisibile.

La inseguridad jurídica palmaria no puede despreciarse; si estamos en un Estado de Derecho y en una Unión de Derecho, habrá que respetar la seguridad jurídica, bien de incalculable valor para el justiciable (el que padece la justicia).

Por otro lado, *el internamiento de niños* desde luego para nada respeta el interés superior del menor.

A la luz de esta Directiva, surgen al menos cinco *cuestiones sustantivas*:

1.^a *La gravedad de la adopción de una norma de esta naturaleza por el Parlamento Europeo*, el órgano que representa a los ciudadanos de la UE y es directamente elegido por ellos. Órgano que por cierto pierde legitimidad ante los ciudadanos a marchas forzadas (Directiva de retorno, posibilidad de una jornada laboral de 65 horas semanales...) y que suponemos que será directamente elegido en 2009 por un número mucho menor de ciudadanos...

2.^a *El lenguaje del cinismo* entre los Derechos Humanos que la UE predica y los que niega a las personas en situación irregular. Parece como si tales derechos no se atribuyeran a toda persona (como dicen los tratados internacionales) sino sólo a los ciudadanos de la UE, estableciendo así una clara barrera discriminatoria.

3.^a *La violación* por los Estados miembros (obligados a aplicar las normas imperativas de la Directiva, no lo olvidemos para no caer en la falsa demagogia de que este Estado o aquel otro "no la aplicarán") *de diversos tratados internacionales de Derechos Humanos*, que voluntariamente han ratificado o a los que voluntariamente se han adherido.

4.^a *La actuación de una Unión Europea* que se olvida de la historia de sus gentes, claramente migrante en el pasado, que recorrieron todo el planeta en busca a veces de la supervivencia que Europa no les daba.

5.^a *La elevación de los muros de la ciudadela europea*, elevación que contradice la situación actual de un mundo cada vez más globalizado.

Directiva de retorno, Directiva de expulsión

ANEXO

DERECHO MIGRATORIO DE LA UNIÓN EUROPEA (SELECCIÓN DE NORMAS)

Entre las normas de la UE en esta materia, sin que la siguiente lista sea exhaustiva, podemos destacar:

VISADOS, ENTRADA Y CRUCE DE FRONTERAS
Reglamento 539/2001, que establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, cuya última modificación se realizaba el Reglamento (CE) n.º 1932/2006, exigiendo visado a los nacionales de Bolivia.
Reglamento (CE) 2133/2004 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre la obligación, para las autoridades competentes de los Estados miembros, de proceder al sellado sistemático de los documentos de viaje de los nacionales de terceros países en el momento de cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros y por el se modifican a tal efecto las disposiciones del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.
Reglamento (CE) n.º 526/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un código comunitario relativo al régimen de cruce de fronteras por las fronteras (Código de Fronteras Schengen).
Instrucción consular común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera (2005/C 326/01).
Reglamento (CE) núm. 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II).
Decisión 2007/533/JAI del Consejo, de 12 de junio de 2007, relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II).
2008/334/JAI: Decisión de la Comisión de 4 de marzo de 2008 por la que se adopta el Manual Sirene y otras medidas de ejecución para el Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)
ORDEN PÚBLICO Y SEGURIDAD
Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.
Decisión marco del Consejo (de 13 de junio de 2002) relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (DO L 321, 6 de diciembre de 2003, p. 26).

Programa de Acción relativo a la Inmigración Legal, publicado en diciembre de 2005.

Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, regula un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; su incorporación al Derecho estatal debería realizarse a más tardar el 12 de octubre de 2007.

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

Reglamento (CE) n.º 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países.

Reglamento n.º 1905/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2006, por el que se establece un Instrumento de Financiación de la Cooperación para el Desarrollo.

La Directiva 2003/86/ del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

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.

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.

Directiva 2004/114/CE, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, regula los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado. Diferencia pues otro estatuto jurídico, que debería estar incorporado al Derecho estatal a más tardar antes del 12 de enero de 2007.

Decisión del Consejo, n.º 2007/435/CE, de 25 de junio de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países para el período 2007-2013 como parte del programa general “Solidaridad y gestión de los flujos migratorios”.

Directiva de retorno. Directiva de expulsión

IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

Reglamento (CE) n.º 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, en materia de igualdad de trato en Seguridad Social.

Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo, de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias.

INTEGRACIÓN

Tercer Informe Anual de la Comisión Europea sobre migración e integración. Septiembre 2007 [COM (2007)].

Conclusiones del Consejo sobre el refuerzo de las políticas de integración en la UE para la promoción de la unidad en la diversidad. Adoptadas en junio de 2007.

Segunda edición del Manual sobre la integración.

Segundo Informe Anual de la Comisión Europea sobre migración e integración. junio 2006 (SEC (2006)).

Cuadro relativo a la integración de los residentes de terceros países en la UE. Adoptado el 1 de septiembre de 2005.

Propuesta de la Comisión Europea de creación de un Fondo para la integración, en el contexto del nuevo programa cuadro de solidaridad y gestión de flujos migratorios para el período 2007-2013 [COM (2005) 0123 final].

Una nueva perspectiva para el programa de la Haya, principios básicos comunes.

Manual sobre la integración.

Consejo Europeo de Tampere (Finlandia), octubre 1999, se reclama la elaboración de una política común en el campo de la inmigración e integración de residentes de terceros países.

Avance por la Comisión del concepto de ciudadanía civil. Noviembre de 2000.

Pascual Aguelo Navarro y Ángel G. Chueca Sancho

Aprobación por el Consejo de Ministros de un paquete de medidas jurídicas antidiscriminatorias.

Directiva sobre la discriminación racial (2000/43/CE).

Directiva sobre la discriminación en el trabajo (2000/78/CE).

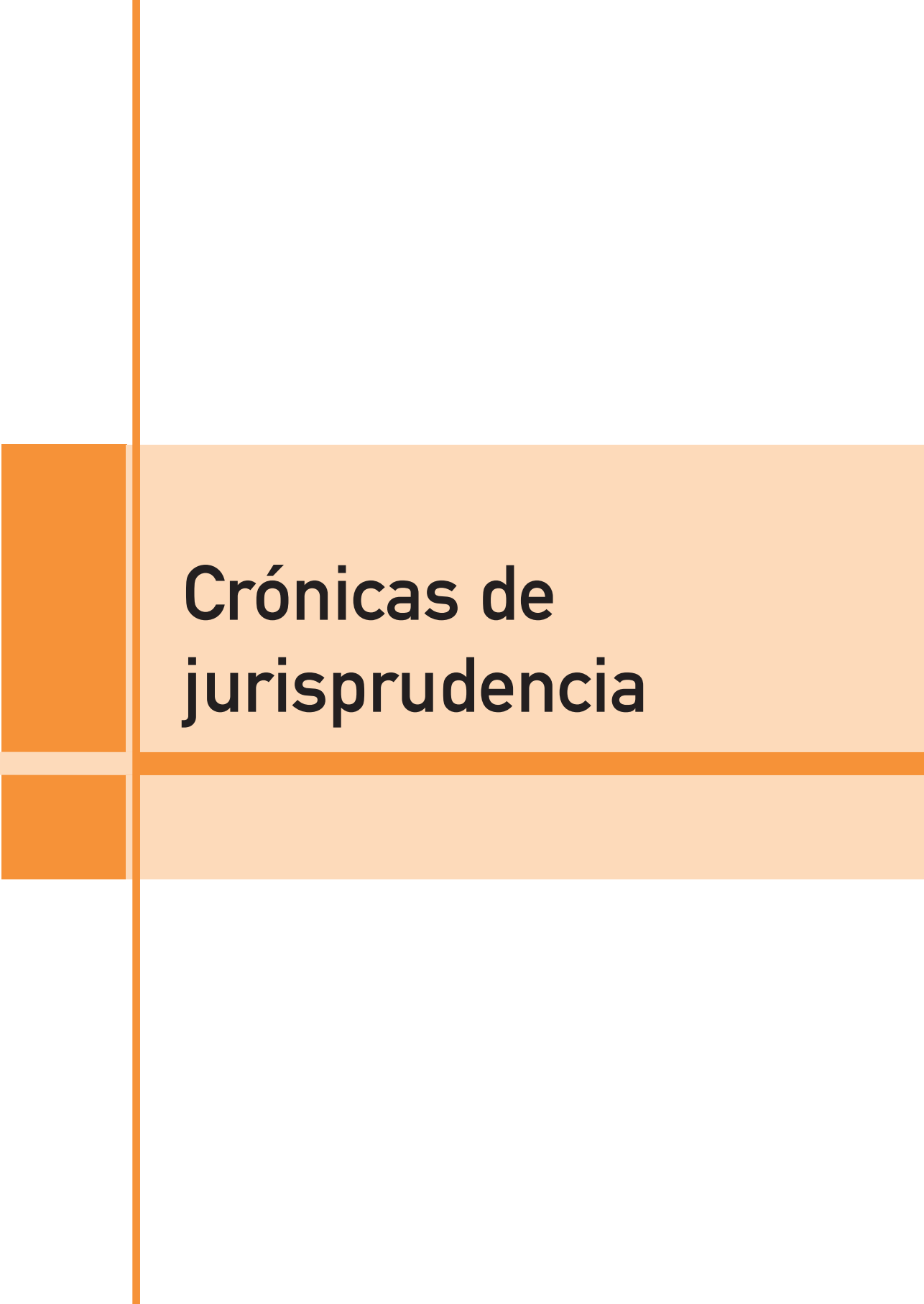
Programa de acción comunitaria.

Creación de Puntos de contacto nacionales sobre integración. Octubre 2002.

Red de intercambio de información y buenas prácticas aprobada en las conclusiones del Consejo Europeo de Thessalonique de junio 2003.

Comunicación de la Comisión sobre inmigración, integración y empleo de 2003.

Primer Informe sobre migración e integración. Julio 1994 [COM (2004) 508].

The image features a minimalist design with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands intersect this line, creating a cross-like structure. The top band is wider and contains the text, while the bottom band is narrower. The background is white.

Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 25 de enero de 2008.

Recurso Contencioso-Administrativo: 817/2006.

Ponente: Doña Elisa Veiga Nicole.

Voz: Denegación de asilo: Guinea Ecuatorial.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Falta de apariencia de veracidad de la nacionalidad e identidad del solicitante, de sus relaciones de parentesco y de la realidad de la propia persecución.

“El recurrente en la solicitud de asilo presentada el 26 de octubre 2004 manifestó «Mi padre está perseguido por el gobierno del señor Carlos Ramón, ha sido refugiado en Gabón, Camerún y actualmente en los Estados Unidos de América y por ser su hijo, cada vez que don Carlos Ramón hablaba de sus intentos de golpe me encarcelaban, sometiéndome a interrogatorios fuertes, dándome bofetadas, palizas y pasando días y noches sin comer, los momentos que no pasaba en la cárcel estuve perseguido y controlado por los vecinos de mi barrio afines a Carlos Ramón que de vez en cuando me acusaban de falsas acusaciones. En vista de esta situación aterrorizada, insegura para mi vida, cada vez que oscurecía tenía dudas que ver el amanecer del día siguiente. En vista a esta situación y aprovechando un apagón de luz general pude huir en una lancha con otros amigos que estaban en la misma situación como yo. Fue dura la trayectoria, insegura porque no sabíamos si íbamos a llegar al otro lado de la orilla pero gracias a Dios pudimos llegar a las tierras de Santo Tomé Príncipe, después fuimos trasladados a Marruecos donde pude aprovechar una oportunidad de cruzar la frontera y pisar el suelo español. En vista de esta situación suplico al Gobierno español para que me conceda el asilo político, adjunto también los documentos de asilo de mi padre con todo su historial».

(...).

El solicitante no ha acreditado ni en vía administrativa ni en sede judicial su identidad ni nacionalidad, extremo que sería relativamente fácil si efectivamente militase en un partido político, el Partido Político Unión Popular y si efectivamente fuese hijo de Claudio que se encuentra fuera de Guinea Ecuatorial desde hace muchos años, pudiendo fácilmente entregar a su supuesto hijo, una vez en España, documentación acreditativa de su relación de parentesco. Sin embargo, no se ha aportado documento en tal sentido ni se ha propuesto como diligencia de prueba ninguna que permitiese acreditar tal relación de parentesco. Por otra parte, don Claudio fue condenado en ausencia a 20 años de reclusión menor cuando el recurrente aún residía en Guinea Ecuatorial, pese a lo cual el recurrente no hace mención a un hecho tan relevante, del que, seguramente, se hubiesen derivado situaciones de riesgo para él mismo. Todo ello nos sitúa ante una falta de apariencia de veracidad de la nacionalidad e identidad del solicitante, de sus relaciones de parentesco, y de la realidad de la propia persecución. Falta de apariencia de veracidad que no se ha intentado contrarrestar ni con la conducta del recurrente, que no compareció a la entrevista con la instructora, ni en sede judicial ha intentado contrarrestar las fundadas objeciones recogidas en el informe de la instrucción al que se remite la resolución impugnada.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 25 de enero de 2008.

Recurso Contencioso-Administrativo: 857/2006.

Ponente: Doña Elisa Veiga Nicole.

Voz: Denegación de asilo: nacional turco.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Su relato tiene escasa congruencia interna, es extremadamente vago, impreciso y carente de detalles para

Asilo

I

resultar convincente, sobre todo en la parte relativa a la persecución personal que dice sufrir.

“El recurrente en la solicitud de asilo presentada el 19 de septiembre de 2005 manifestó «Mi nombre es Isidro, fui a unas cuantas escuelas pero nunca me matricularon. No estudié en Turquía ya que tenemos muchos problemas. Los soldados cada dos por tres se presentaban en nuestra casa y nos molestaban. Me dijeron que si no me cambiaba mi apellido me matarían. Una vez me detuvieron, me llevaron a una comisaría y durante cinco días me pegaron con porras y me atacaron con una cosa que no sé que era. Perdí mi tarjeta de identidad, fui al registro civil y solicité la tarjeta de identidad y me dijeron que no me darían una nueva hasta que no cambiara mi apellido. Cada vez que iba a una aldea y me paraba un soldado, cada vez que iba a un hospital y no me atendían, me decían que debía cambiar mi apellido. Isidro es primo de mi padre. Una noche mi madre me dijo que me enviaban a un país donde se cumplían los derechos humanos para que encontrara una solución a mi problema. Mi hermano dijo que los aldeanos eran los que complicaban el asunto. Soy de Kurdistán, nuestra ciudad grande es Urfa. Turquía no me daba ningún derecho por lo que me monté en un barco. El kurdo que me ayudó en el barco me metió en un escondite. Me dejaron en un sitio que desconozco, yo no sabía ni el idioma ni nada y me encontré a un kurdo que me llevó y montó en un autobús. (...)»

(...).

Partiendo del relato del solicitante, la documentación aportada en vía administrativa, el informe de la instructora, al que se remite la resolución impugnada y las alegaciones vertidas en la demanda, hay que concluir que no concurren unos indicios fundados de la existencia de una persecución contra el recurrente, en el sentido descrito en la Convención de Ginebra.

Los dos motivos que determinaron la salida del señor Isidro de Turquía, según puede deducirse de

su relato, son las molestias que le infieren los soldados por ser pariente de Isidro y, posteriormente, no haber hecho el servicio militar. Con relación al primer motivo, no existe en el expediente administrativo ni en este procedimiento indicio alguno de su parentesco, ni siquiera de su relación, con Isidro, sorprendiendo que los hermanos del citado líder, que viven en una aldea próxima a la del recurrente, no hayan sido objeto de persecución alguna pese a que el grado de parentesco con el líder kurdo es más cercano, igualmente el resto de la familia del solicitante que permanece en Turquía y, según el actor, también es pariente del citado líder. Extremos que restan verosimilitud a la persecución alegada. Máxime cuando las autoridades turcas, que según el solicitante se han negado a renovar su tarjeta de identidad, le han expedido un pasaporte, a través de la Embajada Turca en Madrid sin reserva alguna.

El otro motivo alegado, no haber hecho el servicio militar, cuando el mismo tiene carácter obligatorio, no puede considerarse, en sí mismo, una persecución y el solicitante no ha alegado ni ha acreditado actuación alguna por parte de las autoridades turcas que llevaran a temer por la integridad física, psíquica o la libertad del recurrente. Nuevamente falta una precisión de los hechos, fechas etc., en el relato del solicitante.

Además, sin desconocer la situación de los derechos humanos en Turquía, también es cierto que se están llevando a cabo importantes reformas en cuestiones sensibles como la libertad de expresión, la libertad de manifestación, a los derechos culturales de los kurdos, y otros, según recoge en información de ACNUR sobre Turquía, fechadas en 23 de enero de 2004, en la que se indica que funcionarios iraquíes, turcos y del ACNUR acordaron las modalidades del retorno voluntario desde Irak a Turquía de hasta 13.000 ciudadanos turcos (kurdos) que han vivido en el exilio desde principios de 1990.

Así las cosas, y correspondiendo al solicitante de asilo presentar aquellos elementos necesarios para

Asilo

I

la apreciación de la veracidad de los hechos y circunstancias alegadas, extremo que no consta acreditada en el presente caso, debemos desestimar el recurso dirigido contra la resolución que acordó denegar el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo al mismo, pues aun cuando no es necesaria una prueba plena de que solicitante ha sufrido en su país de origen la persecución a que hace referencia el artículo 3 anteriormente citado, sí es imprescindible una prueba indiciaria suficiente, máxime cuando se trata de adoptar una resolución del fondo sobre la concesión de tal derecho. En el presente caso no existió una prueba suficiente para acreditar, al menos indiciariamente, la existencia de una persecución.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 28 de enero de 2008.

Recurso de Casación: 291/2004.

Ponente: Don Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Denegación de asilo: Argentina.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente. Las manifestaciones efectuadas por ella, al margen de su cobertura probatoria, no permiten deducir que hubiera podido sufrir persecución personal o pudiera tener temor fundado en padecerla por alguna de las razones admitidas por la legislación vigente en materia de asilo.

“En su solicitud, y en sustancia, la Sra. Antonia expuso que:

«Trabajaba como profesora estatal en Jardín de Infancia, primaria y de adultos. En 1995, estaba trabajando en la ciudad de Vicente López en un Jardín de Infancia y en una reunión de profesores uno de los directivos del centro la amenazó verbalmente en una simple conversación. Esto la afectó psicológicamente mucho. A raíz de la discusión la dejan cesante en su trabajo. Tenía otro trabajo paralelo en Buenos Aires también en otro Jardín de Infancia. Fue al médico y le diagnosticaron ‘depresión psicótica’. Fue al

Centro de la Mujer en San Telmo, que es un centro de orientación de la mujer, denunciando que había sido amenazada, la hicieron ir a consultas diarias de Psicólogo y finalmente la dijeron que la iban a internar, la solicitante pidió garantías de que la derivaran a algún organismo que la permitieran salir del país. La internan en el Centro de Salud Julio Mendes en Buenos Aires, estuvo una semana. La tuvieron bajo medicación varios años para rehabilitarla a su trabajo. Volvió a su trabajo hacia 1998 en Buenos Aires en un jardín de infancia y de adultos, trabajando mañana, tarde y noche. Manifiesta que un día, la envían a toda la Embajada de Austria, se la pregunta que a donde se la envían, contesta que no sabe, que entabló amistad con gente de la Embajada de Austria y que ella cree que se las enviaron para perseguirla. Vuelve a ser internada «por loca en el 2001». Se había quedado embarazada de un señor austriaco y tuvo un niño con él en marzo de 2001. Este señor se va de Argentina con dinero prestado de la solicitante a Alemania. Este señor la llama por teléfono para que se reúna con él en Alemania y la solicitante se lleva al niño con ella. Entra en una situación de pánico con este señor en Alemania, vuelve a sentirse perseguida. Regresa a Buenos Aires, con su hijo de 5 meses, vuelve al trabajo a pedir un cuaderno de actuación donde constaba su manera de trabajar. Se lo negaron, volvió a sentirse perseguida, vuelve a la institución médica, que la estaban esperando y vuelven a internarla quitándola al niño. Lllaman de la institución a sus padres para que se hicieron cargo del niño. Siente que la persiguen, no sabe exactamente porqué, siente ‘pánico continuo’»

(...).

En este sentido, las manifestaciones efectuadas por la recurrente con ocasión de la solicitud de asilo, al margen de su falta de cobertura probatoria, no permiten deducir que aquella hubiera podido sufrir persecución personal o pudiera tener temor fundado de padecerla por alguna de las razones admitidas por la legislación vigente en materia de asilo, sino únicamente que teme que si regresa a Argentina

Asilo

I

sea objeto de internamiento en institución hospitalaria para recibir tratamiento psiquiátrico, sin que en modo alguno se haya demostrado, siquiera a título indiciario, que el referido tratamiento médico pudiera tener relación con alguna persecución del tipo de las descritas.

Es más, aun considerando –en términos hipotéticos– la existencia de un supuesto acoso personal hacia la actora, tampoco podría haberse admitido a trámite la solicitud de asilo, pues todavía seguiría faltando otro requisito imprescindible para ello, cual es el de la necesaria constancia de que dicho acoso fuera imputable a los poderes públicos, o, en su caso, a personas o grupos ajenos a ellos, pero contando con la connivencia, apoyo o, cuando menos, la pasividad de las autoridades argentinas.

(...). Asimismo, cabe destacar que la actora reconoce en su escrito obrante al expediente administrativo haber estado internada en un hospital en 1996 y sometida a medicación durante varios años, así como a tratamiento psiquiátrico, manifestando explícitamente su temor a ser nuevamente internada por razón de enfermedad mental si regresa a su país. Por otra parte, de su escrito se infiere que no encontró obstáculo para salir de Argentina en 2001 y trasladarse a Alemania por razones personales –al quedar embarazada y tener un hijo con un ciudadano austríaco, que se había desplazado previamente a este país–, ni para regresar nuevamente a Argentina con su hijo de cinco meses (donde volvió a trabajar y a sentirse perseguida sin saber exactamente porque, padeciendo «pánico continuo», habiendo sido de nuevo internada en una institución médica).

En definitiva, la recurrente imputa la autoría de una persecución médico-laboral a personas no identificadas, sin que haya constancia, ni siquiera por indicios, de la verosimilitud de lo manifestado ni de que los protagonistas de esa supuesta persecución actuaran bajo el respaldo o la protección del Gobierno o de las autoridades argentinas, o con su tolerancia o consentimiento, siquiera fuera tácito.

Teniendo en cuenta estas razones, así como el informe del ACNUR favorable a la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, la Sala estima procedente la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 29 de enero de 2008.

Recurso Contencioso-Administrativo: 25/2006.

Ponente: Don Juan Carlos Fernández de Aguirre.

Voz: Denegación de asilo: motivos económicos. Nacional de Argelia.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo. El relato del recurrente obedece a motivos de naturaleza económica y social, siendo evidente que no existe causa de persecución en los términos previstos por la Convención de Ginebra.

“(…) En dicha demanda alega, en lo sustancial, lo siguiente: 1) el señor Serafín abandonó Argelia porque se le obligaba a incorporarse al servicio militar, cuando meses antes un hermano suyo murió en unas maniobras militares sin que el gobierno de Argelia diera al respecto explicación alguna; por otra parte, en Argelia no hay objeción de conciencia y caso de no cumplir con sus obligaciones militares acabaría encarcelado; 2) la resolución recurrida adolece de fundamentación.

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

Asilo

en que éste se sustenta, están lejos de estos parámetros.

En realidad, la Sala poco tiene que añadir al informe de la Instructora, de fecha 24 de agosto de 2005, (...).

En efecto, de dicho informe se deduce que el relato del recurrente obedece a motivos de naturaleza económica y social, dado que, según parece, de incorporarse al servicio militar dejaría desprotegida a su familia al ser la única persona que ayuda a su sustento. Por tanto, es evidente que no existe causa de persecución en los términos previstos por la Convención de Ginebra.

Por otra parte, el relato ofrecido es sumamente genérico, sin que se concreten mínimamente las causas del fallecimiento del hermano del recurrente, esto es, al menos en qué época tuvo lugar, quién era, donde cumplía sus obligaciones militares, si en el norte del país o en sur, o a qué cuerpo, regimiento o ejército pertenecía.

Por lo demás, el informe de la instructora, al que es difícil añadir nada nuevo, no ha sido desvirtuado en la demanda, sin que la actividad probatoria practicada en el recurso permita cuestionarlo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 31 de enero de 2008.

Recurso de Casación: 1934/2004.

Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.

Voz: Denegación de asilo: nacional de Georgia.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. El relato expuesto adolecía de una excesiva generalidad e imprecisión y además no encontraba respaldo en la situación real de su país. Por otro lado, no existen indicios de la persecución política que se invoca y sobre la que sustenta la solicitud de asilo.

“La parte recurrente había manifestado en su solicitud de asilo (...) que vivió en Abjasia hasta 1993,

en que finalizó la guerra debido a una evacuación de georgianos. Después se fue a vivir a Sujumi en Georgia y a su familia la envió a Zugdidi en la frontera. Militaba en «Unión de Helsinki» y en octubre/1993 fue detenido por manifestarse con su partido durante un mes. Debido a los malos tratos sufrió traumatismo craneal, su padre le sacó de la cárcel y le llevó a Krasnodaren Rusia. Allí fue hospitalizado unos 20 días. Después de curarse siguió viviendo en esta ciudad hasta la elecciones de 1995, que regresó para ayudar a su partido. Durante las elecciones fue detenido 10 días y no pudo participar. Desde que regresó en 1995 vivió con su esposa e hijos en Enpoti. Considera que el Estado no se preocupa de los refugiados en Abjasia, quiere regresar allí y se manifiesta con su partido en contra la política del Gobierno de separación de Abjasia. Ha sido detenido varias veces. Se fue a Rusia desde 1996 a 1999, que regresó para el entierro de su padre. En mayo de 1999 es detenido por su actividad en el partido y es «amenazado con la cárcel y la muerte», por lo que decidió huir de su país y venir a España.

[...]

Para empezar, el relato expuesto por el actor al solicitar asilo adolecía de una excesiva generalidad e imprecisión, y además no encontraba respaldo en la situación real de su país de origen, tal y como se definió en el informe del instructor del expediente, en el que se basó la decisión de la Administración, cuyo contenido vale la pena transcribir. Decía, en efecto, dicho informe lo siguiente:

«El solicitante basa su petición en su pertenencia a un colectivo determinado, pues afirma ser objeto de persecución por su actividad dentro del ‘Unión Helsinki’ partidario del ex presidente de Georgia Juan Miguel, pudiéndose afirmar que por la simple pertenencia a este colectivo nadie es objeto de persecución actualmente en Georgia. Los gamsajurdistas se han dividido en infinidad de grupúsculos, movimientos y partidos (sin ir más lejos coexisten cuatro ‘Unión Helsinki’) y la mayoría de ellos se

Asilo

I

han incorporado con normalidad a la vida política georgiana. Existen grupúsculos que no aceptan la legitimidad del nuevo gobierno, como el que lidera la viuda de Juan Miguel, Manana, al que dice pertenecer el solicitante, pero en realidad tienen más que nada un valor testimonial y muy poca trascendencia en la vida política georgiana. De tal manera que de los gamsajurdistas sólo los líderes, las personas con responsabilidad o que se han significado públicamente (algunos periodistas) pueden tener problemas. Pero no parece ser ese el caso del solicitante, que es un simple militante de base que tan solo alega que acudía a mítines, etc. El relato es además sumamente vago y genérico, pues no aporta ni un solo detalle o dato concreto de las circunstancias en que se produjo la persecución. Tan solo dice que en 1995 se vio obligado a huir de Georgia, a donde vuelve cuatro años más tarde, en 1999. Afirma que entonces, al hacer campaña por la abstención en las elecciones ‘fui detenido y me amenazaron de muerte si no dejaba de hacer propaganda...’, única frase con algún contenido, pero sumamente vago (no dice cómo, ni por quién ni dónde fue arrestado ni cuánto tiempo...). Ello unido al contexto general del país, a los gamsajurdistas en general y al solicitante en particular, hace que la persecución alegada resulta inverosímil».

Como acabamos de decir, el actor no ha facilitado ningún dato ni ha aportado elemento probatorio alguno, ni siquiera indiciario, que permita rebatir las consideraciones expresadas en el informe desfavorable del instructor, que sirvió de base para la denegación del asilo. Partiendo pues de que su relato era excesivamente vago y además carecía de respaldo en los datos conocidos sobre la situación de su país, si a esto sumamos la total carencia de indicios acreditativos de la persecución aducida, no cabe sino concluir que las razones expresadas primero por la Administración y luego por la Sala de instancia fueron correctas y ajustadas a Derecho.

Por lo demás, sorprende que el recurrente alegue que ha actuado de buena fe, cuando consta en el ex-

pediente (sin que una vez más este dato haya sido rebatido) que habiendo pedido asilo en agosto de 1999, el mes de diciembre siguiente se trasladó a Valencia, sin que desde entonces haya dado señales de vida ni haya renovado su documentación de solicitante de asilo, que caducó en abril de 2000; incumpliendo de esta forma su deber de colaboración con la Administración, con una actitud que, como resalta la sentencia de instancia, se compadece mal con el estado y situación de una persona que ha sido realmente perseguida y necesita obtener protección frente a dicha persecución.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 31 de enero de 2008.

Recurso de Casación: 4773/2004.

Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.

Voz: Concesión del asilo: Nigeria. Matrimonio.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se acordó inadmitir a trámite su solicitud de asilo. La interesada alegó una persecución protegible y diversas amenazas por negarse a contraer un matrimonio no deseado.

“(…) la recurrente manifestó, en su solicitud de asilo, que «sus padres por ser pobres, la dieron un nombre musulmán para que trabajase en su casa y la mantuviese. Después sus padres murieron en un accidente de coche. El musulmán, Miguel Ángel, tenía tres esposas y muchos hijos. El cuarto hijo, llamado Luis, quería casarse con la solicitante, ella se negó porque él ya tenía dos esposas y 48 años. La solicitante es cristiana, sus padres también lo eran, un día fue a la iglesia y al regresar, la familia musulmana con la que vivía, le dijo que tenía que profesar la religión musulmana y casarse con Luis, amenazándola de muerte. La solicitante se escapó y se ocultó en casa de unos amigos cristianos, la madre de sus amigos denunció el hecho a la policía, pero en Comisaría le dijeron que no se podía hacer nada porque la familia musulmana era importante y muy peligrosa. Entonces la madre de sus amigos

Asilo

habló con un marinero y este la ayudó a ocultarse en su barco».

(...).

«Tercero.-En el presente caso, a la vista del relato de la parte recurrente transcrito en el primer fundamento, se colige que las razones que determinaron la salida de la recurrente de su país de origen no configuran ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, y por tanto en estos casos la Administración está facultada para inadmitir a trámite su solicitud, ex artículo 5.6.b) de la expresada Ley reguladora del Derecho de Asilo. La parte recurrente narra en su solicitud los problemas derivados de su negativa a casarse con un musulmán que ya tenía dos esposas, y las amenazas de muerte recibidas por tal negativa a contraer matrimonio. Estos conflictos que se desarrollan en su país de origen, en los términos en que narra el recurrente, no constituyen por sí mismos causa de asilo y, por ende, no le hacen acreedora de la protección que dispensa la institución del asilo. En efecto, el conflicto que narra el recurrente no constituye una causa que dé lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, ya que para obtener dicha protección se precisa que exista una persecución directa contra el recurrente por parte de las autoridades de su país de origen, debido a motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas. Y el relato del recurrente relaciona su demanda de protección con los conflictos religiosos, tribales y personales en Nigeria.

Cuarto.-Téngase en cuenta, por lo demás, que la trágica situación por la que atraviesa su país de origen tampoco es decisiva para la admisión a trámite o para la concesión del derecho de asilo. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo—dictada en aplicación de la Ley 5/1984, antes de su modificación por la Ley 9/1994—viene declarando (por todas, Sentencia de la Sala Tercera, Sección 6.ª, de 4 de abril de 2000) que dicha situación de conflicto genera-

lizado no es suficiente para el reconocimiento de asilo, pues no evidencia una persecución personal y directa que determine la aplicación de aquella institución. Pues bien, si dicha doctrina ha sido aplicada por el Tribunal Supremo en los casos de denegación del derecho de asilo, quiere ello decir que este tipo de conflictos generalizados, no constituyen una causa de asilo, si no se concreta en una persecución personal al recurrente o al grupo al que pertenece, y por ello se faculta a la Administración a la inadmisión a trámite de las solicitudes en esos casos.

La solución contraria determinaría que cualquier ciudadano, o todos ellos, de un país en el que tiene lugar graves conflictos, como el de origen del recurrente y otros de ese mismo continente, pudieran acceder a la protección que dispensa el derecho de asilo acreditando ser nacional de dicho país, lo que iría en contra de esta institución, generalizando su aplicación y desnaturalizando su sentido y significado.»

(...) no puede sino concluirse que la recurrente, que refiere persecución y amenazas por negarse a contraer un matrimonio no deseado, expuso en su relato una persecución protegible, en términos suficientes para que, al menos, se tramite su solicitud. Ciertamente es que el relato de la solicitante ofrece alguna duda que habrá que clarificar, pero esas dudas no pueden resolverse con la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, sino que, por el contrario, solo pueden despejarse 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 concurren de modo manifiesto (así en el primero de esos preceptos, referido a las solicitudes de asilo no presentadas en frontera), o de forma manifiesta y terminante (en el segundo de ellos, referido a los supuestos de inadmisión en frontera).”

Asilo

I

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 1 de febrero de 2008.

Recurso Contencioso-Administrativo: 403/2006.

Ponente: Don José Alberto Fernández Rodera.

Voz: Denegación de asilo. Ausencia de motivos políticos: nacional de Afganistán.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. La salida del solicitante y de toda su familia de su país de origen, en base a las contradicciones apreciadas en su relato, carece de cualquier componente político que justifique la concesión del asilo solicitado.

“El solicitante dijo en su solicitud de asilo que mientras vivía en su país gobernaban los talibanes y él que es músico no podía tocar en ningún lugar, que tenían prohibida la música y que a una cantante la mataron porque estaba prohibido cantar y bailar. En la entrevista con la instrucción el solicitante no hace ningún comentario de todo esto, y sólo menciona que cuando estaba en su país primero estudió y luego ayudaba a su padre en la tienda y que no tenía otro oficio, aunque a veces cantaba en bodas sin cobrar y no como profesión.

El solicitante en la solicitud de asilo dijo que su tío había muerto hace años por orden de Gobandin, presidente de partido islámico de Afganistán. Sin embargo en la entrevista con la instrucción comenta que a un tío suyo lo mataron hace años por problemas de tierras.

En la solicitud de asilo el solicitante dijo que otro tío suyo lo mataron hace tres años, y que el grupo que lo mató intentaban quedarse también con las tierras de su padre. En la entrevista con la instrucción dice que este tío era militar y del partido islamista de Afganistán cuyo presidente era Carlos Daniel, y que no tuvo problemas con los talibán porque eran amigos del partido islamista de Carlos Daniel. Que los problemas de su tío comenzaron con el actual gobierno porque el partido islamista se declara ilegal y porque su familia tenía muchas tierras y un tal Aurelio que tiene mano con el actual gobierno quería quedarse con la mitad de sus tierras, que

eran tierras de la familia, porque eran de sus abuelos, y también eran de su padre y de su tía, hermana de su padre.

(...).

Se ha ido poniendo de manifiesto todas las contradicciones que se han observado en el relato del solicitante, pues cuando en su solicitud de asilo quiso darle un matiz político a su persecución dice que fue Carlos Daniel, presidente del partido islamista de Afganistán, el responsable de la muerte de uno de sus tíos, para después en la entrevista decir que uno de sus tíos es miembro de este partido y el responsable de la muerte de ambos tíos era persona llamada Aurelio, sin ninguna vinculación política ni cargo político, y el motivo era por la propiedad de unas tierras.

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 social, étnico, político o religioso objeto de persecución.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 1 de febrero de 2008.

Recurso Contencioso-Administrativo: 406/2006.

Ponente: Don José Alberto Fernández Rodera.

Voz: Denegación de asilo. Sudán.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. No se deducen del expediente elementos que indiquen que el solicitante ha sido víctima de una persecución personal y concreta o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

Expulsión

“Así, en el presente caso que nos ocupa, el solicitante manifiesta ostentar la nacionalidad sudanesa y haber salido de su país el 29 de febrero de 2004, habiendo llegado al nuestro el 11 de marzo de 2005. Basando su petición de asilo en los hechos que narró cuando efectuó su solicitud de asilo y en los que narra en la entrevista mantenida con la instrucción. Sin que aporte documento alguno que acredite su nacionalidad y/o identidad, así como tampoco en apoyo de sus alegaciones.

Deduciéndose de las alegaciones del solicitante indicios suficientes que hacen que pueda razonablemente dudarse de la autenticidad de la nacionalidad que dice ostentar y, en consecuencia de los hechos en los que basa su petición, el estar éstos motivados por aquélla. Resultando, además, el relato del interesado, inverosímil en la forma en la que el mismo lo cuenta.

(...).

Existiendo asimismo una contradicción sustancial en el hecho que el solicitante dice haber motivado la salida de su supuesto país, es decir, el ataque sufrido en el año 2004 en el que supuestamente murieron sus padres y hermana. Ya que, cuando efectuó su solicitud de asilo dijo haberse producido el 25 de febrero de dicho año 2004, mientras que en la entrevista con la Instrucción, dice que el mismo tuvo lugar el 5 de dicho mes y año.

Por todo lo cual, la Instrucción informa desfavorablemente la concesión del asilo solicitado, al no haber quedado suficientemente establecida la veracidad de la nacionalidad y de los hechos alegados por el solicitante, existiendo indicios más que suficientes para dudar de la autenticidad y existencia de los mismos, en base al desconocimiento de aspectos fundamentales del país cuya nacionalidad dice ostentar el interesado, así como de las contradicciones existentes en su relato. Sin que se deduzcan del expediente otros elementos que indiquen que el solicitante haya sido víctima de una perse-

cución personal y concreta o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.”

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 22 de noviembre de 2007.

Recurso de Casación: 9322/2003.

Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.

Voz: Expulsión: caducidad.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Falta de respuesta administrativa a la solicitud de que se declarara la caducidad del expediente administrativo sancionador por no haberse resuelto en determinado plazo.

“El actor interpuso recurso contencioso-administrativo con fecha 28 de mayo de 2003, identificándolo como acto impugnado «el silencio administrativo mantenido por la Delegación del Gobierno de Madrid, respecto de la solicitud de caducidad, presentada el 25 de febrero de 2003, relativa al expediente sancionador incoado contra mi patrocinado en fecha 21 de agosto de 2002, por haber transcurrido sobradamente el plazo de seis meses sin que haya recaído resolución expresa y no haber procedido a notificarle el Acuerdo a que hace mención el artículo 42.1 de la Ley 30/1992 modificada por Ley 4/1999». Aportó junto con su escrito de interposición la solicitud presentada ante la Administración con fecha 26 de febrero de 2003 por la que solicitaba la declaración de caducidad del expediente.»

(...).

Estimaremos el recurso de casación.

El acto administrativo que aquí se impugna es la desestimación por silencio de la siguiente petición

Expulsión

que el interesado dirigió a la Administración (mediante escrito que se adjuntó como documento unido al escrito de interposición del recurso contencioso administrativo):

«Que habiendo transcurrido más de seis meses a contar desde la incoación del procedimiento sancionador el 21 de agosto de 2002, y no habiéndose notificado la Resolución expresa al respecto, en virtud del artículo 98 del RD 864/2001, entendemos que el mismo ha caducado. Que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 99.3 del RD 864/2001 antes mencionado, en relación con lo establecido en el artículo 24.1 de la Ley 30/1992 modificada por la Ley 4/1999, debe ser expedido acuerdo expreso en este sentido.»

Y ante el silencio de la Administración, se interpuso el recurso contencioso administrativo, declarado inadmisibile por el auto que ahora se recurre en casación.

Como se ve, en el proceso no se impugnaba el acuerdo de iniciación de un expediente sancionador, ni la falta de respuesta a las alegaciones de descargo presentadas en el curso del mismo, sino que se impugnó la falta de respuesta a la solicitud de que se declarara la caducidad del expediente administrativo, por no haberse resuelto en determinado plazo.

Y esta es una petición que 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.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 23 de noviembre de 2007.

Recurso de Casación: 6774/2003.

Ponente: Don Enrique Cancer Lalanne.

Voz: Orden de expulsión: inexistencia de arraigo.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le

expulsó del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de diez años. El recurrente, ni al pedir la medida cautelar ni después en casación, ha aportado el menor dato fáctico del que poder extraer el arraigo alegado para poder suspender la ejecutividad de una orden de expulsión.

“Se impugna en este recurso de casación número 6774/2003 el auto de fecha 7 de enero de 2003 (confirmado en súplica por auto de 18 de febrero de 2003), dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Quinta) en el recurso contencioso-administrativo 1371/02, sobre suspensión de la ejecución de la resolución de 20 de mayo de 2002, dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid, por la que se expulsó al recurrente don Carlos Antonio del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un período de diez años.

La Sala de instancia, por auto de 17 de diciembre de 2002, denegó la medida cautelar provisionalísima de suspensión de la orden de expulsión; y el 7 de enero de 2003 denegó la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado. Contra este auto interpuso recurso de súplica, que fue desestimado por auto de 18 de febrero de 2003.

(...).

Alega la parte recurrente en el primer motivo que la salida obligatoria del territorio nacional le ocasionaría daños irreparables, mientras que su permanencia en España no produce daños al interés general o de tercero. Afirma, en este sentido, que «lleva en España tiempo adquiriendo arraigo con el que regularizar su permanencia dado que tiene intereses familiares y económicos para continuar en nuestro país». En la misma línea, en el segundo motivo insiste en estas afirmaciones y aduce que de mantenerse la ejecutoriedad de la resolución impugnada se infringiría el principio de *fumus boni iuris*, pues, dice el actor, la actividad administrativa impugnada carece de amparo legal alguno.

Expulsión

El recurso de casación no puede prosperar.

Para empezar, el primer motivo carece manifiestamente de fundamento, puesto que la parte actora dice formularlo por infracción de la jurisprudencia, pero, como ha declarado esta Sala en multitud de resoluciones, en una materia tan casuística como es la relativa a la suspensión de los actos administrativos, el motivo de casación consistente en la infracción de la jurisprudencia tiene escasa virtualidad. De aquí que para que tal motivo pueda ser tomado en consideración no basta la mera cita de dos o más resoluciones de este Tribunal, sino que es necesario que el recurrente analice las circunstancias concurrentes en los precedentes que invoca, razonando en función de las mismas y de las propias del caso litigioso el apartamiento injustificado de la solución propugnada en aquéllos. No es este el caso, pues la cita de jurisprudencia que hace la parte actora carece de cualquier razonamiento añadido que ponga en comparación los casos examinados en las resoluciones que cita y el caso que ahora nos ocupa.

De cualquier forma, aun prescindiendo de esta deficiente formulación, el recurso seguiría sin poder prosperar.

En STS de 24 de noviembre de 2004 (RC 6922/2002) hemos dejado sentadas las consideraciones jurídicas que han de valorarse a la hora de resolver sobre peticiones de suspensión como la que ahora nos ocupa. Decíamos entonces, y hemos de recordar ahora, 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. Y añadíamos que el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares,

es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España, por considerarse en estos casos como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general. Es más, en un caso así, el mantenimiento de esos vínculos económicos, sociales o familiares con el lugar en el que se reside, sin merma, quebranto o ruptura mientras se tramita el proceso, constituye, también, una o la finalidad legítima del recurso, 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.

Pues bien, el recurrente en casación apunta sucintamente que tiene arraigo en España, pero lo cierto es que ni al pedir la medida cautelar en la instancia ni ahora en casación ha aportado el menor dato fáctico del que poder extraer ese arraigo, limitándose a invocar su existencia pero sin razonarlo ni, menos aún, justificarlo en modo alguno; pese a que, evidentemente, era carga de él mismo hacerlo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 23 de noviembre de 2007.

Recurso de Casación: 10176/2003.

Ponente: Don Enrique Caceres Lalanne.

Voz: Expulsión del territorio nacional. Ausencia de arraigo.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la denegación presunta de la solicitud de archivo por caducidad del expediente de expulsión incoado contra él. No acredita el actor concurrencia de circunstancia alguna reveladora de su arraigo en España, por razón de cualquier circunstancia familiar, social o económica.

“«Cuarto.-Sobre la base de lo anterior expuesto y constituyendo el acto impugnado la expulsión y prohibición de entrada del recurrente, respecto del que se insta la suspensión de la ejecución, debe denegarse la medida cautelar solicitada.

Expulsión

I

Y ello, dado que no acredita el recurrente concurrencia de circunstancia alguna reveladora de su arraigo en España, por razón de cualquier circunstancias familiares, sociales o económicas; sin que las manifestaciones del recurrente justifiquen la adopción de la medida cautelar instada, debiendo prevalecer en la ponderación de intereses en juego antes sopesada el público encarnado en la necesaria regulación de flujos migratorios sobre el particular.

Por otro lado, la naturaleza meramente negativa del acto impugnado, en tanto que desestimó la petición de archivo por caducidad del expediente, impide la adopción de la medida cautelar instada.

Por último, en ningún modo cabría adoptar una medida cautelar sobre actos administrativos aún no dictados, la hipotética expulsión que derivaría, al parecer del recurrente, del expediente administrativo que nos ocupa, por constituir un acto administrativo futuro e incierto, y respecto al cual, una vez producido, en su caso, podrán instarse las medidas cautelares que estimare necesarias el recurrente».

(...).

Alega el recurrente que –sic– «si se ejecuta la resolución por la que se acuerda la expulsión en la persona de don Humberto, el recurso del que trae su causa perdería su finalidad legítima ... puesto que el justiciable no se encontraría en España y no podría aportar las pruebas necesarias para su defensa». Más adelante añade que «la concesión de la suspensión no supone en el presente caso perturbación alguna de los intereses generales o de tercero y sí un grave perjuicio a mi mandante que verá frustradas todas sus aspiraciones, más cuando la propia Administración ha venido tolerando sin nota desfavorable su estancia en nuestro país». Apunta, en fin, que «se encuentra a la espera de la concesión del permiso de residencia y trabajo cursado ante la Delegación del Gobierno en Madrid».

Este recurso de casación carece de fundamento.

Como antes indicamos, el ahora recurrente en casación interpuso recurso contencioso-administrativo contra la falta de respuesta por parte de la Administración a su petición de que se declarase la caducidad del expediente de expulsión iniciado contra él. Manifestó el actor que el 2 de septiembre de 2001 se había incoado ese expediente de expulsión sin que a partir de esa fecha se hubiera dictado y notificado ninguna resolución finalizadora del mismo; razón esta por la que pidió a la Administración que acordase el archivo del expediente por caducidad, sin que la Administración resolviera expresamente sobre esta petición, por lo que estimándola desestimada por silencio administrativo, interpuso el recurso contencioso-administrativo contra su denegación presunta.

Así las cosas, no habiéndose dictado en el expediente administrativo concernido ninguna resolución por la que se acordase la expulsión del interesado, y habiéndose impugnado el proceso únicamente la desestimación presunta de la petición de archivo del expediente por caducidad, carece de todo sentido, como con acierto señaló la Sala *a quo*, pedir al Tribunal la suspensión de un acuerdo inexistente como es una orden de expulsión que no ha llegado a dictarse. Sería una vez dictada esa resolución (si es que así sucede) cuando cabría impugnarla en sede jurisdiccional y pedir entonces las medidas cautelares procedentes, pero no es este el caso, pues el actor se refiere a una supuesta orden de expulsión que en realidad –según sus propias manifestaciones ante el Tribunal *a quo*– no ha llegado a dictarse, y no es desde luego ese el acto que el actor dijo impugnar en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo.

Y si lo que pretende el actor es pedir una tutela cautelar preventiva para el caso de que esa orden de expulsión llegue a acordarse algún día, se trata de una petición que no puede prosperar por cuanto que,

Expulsión

obviamente, no cabe pedir la tutela judicial cautelar respecto de acontecimientos futuros e inciertos, que ni siquiera se sabe si llegarán a ocurrir.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 23 de noviembre de 2007.

Recurso de Casación: 2960/2004.

Ponente: Don Enrique Caceres Lalanne.

Voz: Improcedencia de la expulsión: permanencia ilegal.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa. No hay en el expediente administrativo ningún otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta permanencia ilegal del recurrente en territorio español, el cual no se hallaba indocumentado.

“D. Lorenzo interpone recurso de casación núm. 2960/04 contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1.^a) de 23 de diciembre de 2003, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución administrativa de la Delegación de Gobierno en Madrid por la que se acordó su expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada en España por periodo de tres años, por la comisión de la infracción prevista en el artículo 53.a) de la LO 4/2000 (...).

La sentencia de instancia, en su fundamento jurídico tercero, descarta la concurrencia de la causa de anulabilidad de la resolución administrativa consistente en falta de motivación. Más adelante, en el fundamento jurídico sexto, rechaza las alegaciones del actor acerca de la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta. Entiende el Tribunal *a quo* que la sanción de expulsión está expresamente prevista en la LO 4/2000 (...) para conductas como la imputada al actor, y razona que no hay constancia de ninguna circunstancia que pudiera atenuar

la culpabilidad del recurrente o la trascendencia o el riesgo de la infracción.

(...).

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.

En el presente caso no hay en el expediente administrativo ningún otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta permanencia ilegal del recurrente en territorio español, el cual no se hallaba indocumentado (disponía de pasaporte de su país) sin que conste respecto de aquel ningún otro hecho desfavorable.

En consecuencia, se trata de un caso en que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico.

De suerte que no obró conforme a Derecho la Sala de Madrid cuando desestimó el recurso contencioso administrativo y confirmó la sanción impuesta, debiendo casarse dicha sentencia y declararse la no conformidad a Derecho de la resolución administrativa combatida en la instancia.”

Expulsión

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 23 de noviembre de 2007.

Recurso de Casación: 741/2004.

Ponente: Don Enrique Cancor Lalanne.

Voz: Expulsión: inactividad administrativa.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la inactividad de la Delegación del Gobierno en Madrid, consistente en la no declaración de caducidad del expediente de expulsión, pese a haber transcurrido el plazo de seis meses desde su incoación.

“No estamos, en puridad, ante un nuevo procedimiento iniciado a instancia de parte para la obtención de la declaración de caducidad de un anterior procedimiento sancionador, sino, más al contrario, en presencia de una solicitud de finalización y archivo de este mismo expediente sancionador, como consecuencia de haberse producido, en principio, su caducidad por el transcurso del plazo –en este caso de seis meses– establecido para su resolución y consiguiente notificación.

Por tanto, estaríamos ante el supuesto contemplado en el artículo 44 LRJPA, esto es, ante una falta de resolución expresa en un procedimiento iniciado de oficio por la Administración. Por ello, tendremos que examinar los efectos que tal situación produce; esto es, los efectos que se producen como consecuencia del «vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa» en el mencionado expediente sancionador.

Pues bien, 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». No obstante, en el artículo 98 del Reglamento que se cita como infringido, ni siquiera se contempla la obligación de dictar resolución alguna declarativa de la caducidad, ya que en el precepto se señala que «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...».

(...).

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, solo transcurrido dicho plazo de quince días –que fijamos con carácter supletorio– podría el interesado acceder temporalmente en forma adecuada a esta Jurisdicción.

Por ello, en principio, la precipitada venida de la parte recurrente a esta vía jurisdiccional, que, como sabemos, se ha producido apenas concluido

Expulsión

el plazo para la resolución del procedimiento sancionador (y a los cuatro días de exigir tal resolución expresa a la Administración), ha impedido a los propios órganos que integran la Administración, el poder articular sus mecanismos de respuesta, imponiéndoles una revisión jurisdiccional sin tiempo material para ni siquiera poder encauzar procedimentalmente la respuesta expresa requerida. Es, por tanto, el propio funcionamiento interno de la Administración el que exige, en supuestos como el de autos, el establecimiento de un plazo –que, por las razones expresadas, hemos concretado en el de quince días– para poder articular razonablemente la obligada respuesta administrativa sobre la caducidad del procedimiento seguido.

Sin embargo, la anterior doctrina, dentro del ámbito jurisdiccional, hemos de modularla con la que establecimos en nuestra sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2005, recordando que, en el caso de autos, en la fecha en que se dicta por la Sala de instancia el primero de los autos impugnados (24 de junio de 2003) ya había transcurrido el mencionado plazo de quince días desde la fecha de la conclusión del plazo de seis meses para resolver e procedimiento sancionador.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 31 de enero de 2008.

Recurso de Casación: 1743/2004.

Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.

Voz: Procedencia de la sanción de expulsión.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la resolución por la que se decretó la expulsión del territorio nacional del interesado, con prohibición de entrada durante tres años. Procedencia de la expulsión, y no de la multa, al quedar acreditado que el actor, además de permanecer ilegalmente en España, estaba indocumentado.

“Se impugna en este recurso de casación número 1743/2004 la sentencia que la Sala de lo

Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó en fecha de 24 de noviembre de 2003, y en su recurso contencioso administrativo núm. 1202/02, por medio de la cual se estimó el formulado por D. Baltasar, contra la resolución de la Sra. Delegada del Gobierno en las Islas Baleares de fecha 5 de julio de 2002, que le expulsó del territorio nacional, con prohibición de entrada durante tres años, por la comisión de una infracción grave prevista en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la LO 8/2000.

Impugnada esa resolución en vía contencioso administrativa, la Sala de Baleares estimó la impugnación y anuló la resolución impugnada. Contestando a los argumentos expuestos en la demanda argumentó el Tribunal que la infracción del artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, según su artículo 57.1, está castigada en primer lugar con la sanción de multa, permitiendo la Ley que en lugar de la multa se imponga la de expulsión, lo que exige una motivación específica que no existe en el caso de autos, razón por la cual la Sala de instancia estima el recurso y anula la resolución.

(...).

(...) lo que ocurre en el presente caso en que 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 la que expulsó al actor del territorio nacional.

Derecho al trabajo

Procede, pues, estimar este motivo formulado por el Sr. Abogado del Estado, declarar haber lugar al recurso de casación y desestimar el contencioso administrativo.”

DERECHO AL TRABAJO

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

Tribunal: Tribunal Surpemo.

Fecha: 18 de marzo de 2008.

Recurso: Recurso para unificación de doctrina núm. 800/2007.

Ponente: D. Joaquín Samper Juan.

Voz: Extranjero en situación irregular. Prestación contributiva por desempleo: denegación.

Resumen: PRIMERO.-La cuestión que se plantea en el recurso de casación para la unificación de doctrina que examinamos, consiste en determinar si tiene o no derecho a inscribirse como demandante de empleo y percibir las prestaciones de desempleo de Seguridad Social que correspondan por el tiempo trabajado, un extranjero que sin contar con la autorización para residir que prevé el artículo 30 bis de la LO 4/2000 (en adelante, extranjero no residente o en situación irregular) y tampoco con la autorización previa para trabajar, ha prestado servicios para una empresa (en el caso, desde el 4 de enero de 2003 hasta el 7 de septiembre de 2004) sin ser dado de alta en Seguridad Social, y cuyo despido fue declarado improcedente por sentencia firme. (...)

QUINTO.-(...) la interpretación del artículo 36.3 en su inciso final “ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle” debe conducir a conclusiones distintas, en función de cual sea la situación del trabajador extranjero.

Si éste cuenta con autorización de residencia, la falta de la autorización para trabajar, dado que ya no invalida el contrato, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social, a las que el extranjero residente tiene derecho, ex artículo 14.1 de la propia LOEx, en pie de igualdad con los trabajadores españoles.

Si, por el contrario, el extranjero tampoco cuenta con la autorización de residencia, el hecho de trabajar sin la autorización de trabajo, pese a ser una falta grave, no será obstáculo para que pueda obtener “las prestaciones que pudieran corresponderle”. Pero tales prestaciones, de acuerdo con el artículo 14.3 LOEx antes transcrito, ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 solo a los extranjeros “residentes”, sino los “servicios y prestaciones sociales básicas”; entendiendo por tales, tanto los servicios sociales a los que alude el artículo 53 LGSS, como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe citar la prestación de asistencia sanitaria de urgencia que el artículo 12 de la propia LOEx reconoce a todos los extranjeros sin distinción, y también las prestaciones que nuestra sentencia de 26 de mayo de 2004 (recurso 351/2003) calificó de “asistencia social externa a la S. Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (artículo 149.1.17 de la Constitución), sino en el artículo 148 de la norma suprema, como competencia, que puede ser exclusiva, de las Comunidades Autónomas (STC 239/2002)”.

Abona tal interpretación el argumento de que, desde la perspectiva finalista de la LOEx, no es lógico que el extranjero en situación irregular, es decir, no residente, pueda acceder por el hecho de cometer una falta grave que autoriza a su expulsión, a cua-

Derecho al trabajo

lesquiera prestaciones de S. Social, a las que inicialmente y de acuerdo con el artículo 14 de la misma LOEx, nunca tendría derecho. Ni tampoco es lógico, reconocer a los extranjeros en situación irregular, los mismos derechos que a los extranjeros residentes (que en la materia que nos ocupa tienen los mismos que los españoles) cuando es notorio que la legislación española de extranjería ha estado orientada siempre a estimular la emigración legal. (...)

Conviene no obstante advertir que los razonamientos expuestos y los que se van a exponer en los fundamentos siguientes se refieren, como es lógico, a la prestación de desempleo de la Seguridad Social, que es la que aquí se reclama. Y que deben entenderse sin perjuicio de la posible responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios que pudiera exigirse al empresario que da ocupación al extranjero no residente o irregular, en caso de aparición de determinadas contingencias comunes, siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social sea imputable a la actuación del empleador; responsabilidad que en tales casos tendría, repetimos, un carácter meramente indemnizatorio y sería por tanto, directa del empresario, a su exclusivo cargo y sin obligación alguna para las entidades gestoras o colaboradoras. (...)

SEXTO.-No obstante lo dicho hasta ahora, la circunstancia de que el artículo 36.3 LOEx aluda, genéricamente, a “las prestaciones que pudieran corresponderle”, sin limitarlas a las que enumera el artículo 14.3 de la LOEx, ha llevado a este Tribunal a entender que el citado párrafo remite al conjunto de la normativa legal aplicable, entre la que se encuentra los Convenios internacionales suscritos por España (artículo 96.1 de la Constitución). Y en función de ello ha reconocido a los extranjeros no residentes que prestan servicios sin contar además con la oportuna autorización para trabajar por cuenta ajena, el derecho a las prestaciones de Seguridad Social derivadas exclusivamente de contingencias profesionales, y a condición de que los afectados sean oriundos, bien

de países que, como España, hayan suscrito el Convenio 19 de la OIT, bien de países con los que España tiene suscritos Convenios de Seguridad Social que establezcan un régimen de reciprocidad en la materia. Y lo ha hecho así por considerar suficiente esa cobertura legislativa para conceder “una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900” [Sentencia de 9 de junio de 2003 (recurso 4271/02) antes citada], hasta el punto de que la protección de la integridad física, que queda afectada en todo accidente de trabajo, constituye un derecho expresamente reconocido en el Estatuto de los Trabajadores [artículo 4.2.d)].

Solución que fue asumida finalmente por el RD 84/1996, “Reglamento general sobre Inscripción de Empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social” en la redacción dada por el RD 1041/2005, de 5 septiembre, cuando ya estaba vigente la versión que del artículo 36.3 LOEx introdujo la LO 14/2003 y que, por ello, debe entenderse que desarrolla sus previsiones. Y su artículo 42.2 reconoce a “los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida”.

SÉPTIMO.-No es posible, sin embargo, aplicar tal previsión al caso, puesto que lo que ahora se cuestiona no una prestación derivada de contingencias profesionales, sino el reconocimiento del derecho a

Derecho al trabajo

la prestación de desempleo a los emigrantes irregulares o no residentes.

Y no es posible porque, de un lado, al contrario de lo que ocurre con las contingencias profesionales, no existen Convenios Internacionales integrados en nuestra normativa interna, que así lo autoricen. Y de otro, porque la LOEx tampoco prevé ese derecho, según lo antes razonado. Es más, la adopción de la decisión contraria, sería tanto como desconocer la finalidad que pretende la LOEx que es incentivar la entrada y la estancia regular de los extranjeros en España. El reconocimiento de todas las prestaciones de S. Social a los irregulares, que es a la postre a lo que conduce la concesión del desempleo, supondría la plena equiparación entre los extranjeros residentes y la emigración irregular o clandestina; con la lógica desincentivación que supone para el extranjero que tiene que acudir a los complejos trámites necesarios para conseguir una autorización de residencia, o una autorización de residencia y trabajo, el saber que puede disfrutar de los mismos derechos mediante la entrada clandestina en el país.

Ello implicaría, además, la creación judicial de una especie de regularización, encubierta y en espiral, del emigrante irregular quien, pese a que en ningún caso podría obtener la autorización de residencia [artículo 50.g) del RD 2393/2004], no podría sin embargo ser expulsado del país mientras estuviera percibiendo la prestación de desempleo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.5.d) de la LOEx (en buena lógica hay que entender que este supuesto de suspensión de la expulsión, no está previsto para este caso, sino para los de irregularidad sobrevenida, distinto del que examinamos; es decir, el del extranjero residente que está percibiendo una prestación de desempleo consecutiva al desempeño de un trabajo por cuenta ajena amparado en un contrato de trabajo regularizado, y al que con posterioridad a la finalización del trabajo le ha caducado la autorización de residencia). Y además durante el tiempo de percepción de la prestación podría vol-

ver a buscar otra ocupación laboral sin contar con la correspondiente autorización para trabajar, a cuyo final, de aceptarse la tesis que defiende el recurrente, se generaría un nuevo derecho a desempleo, con la consiguiente nueva imposibilidad de llevar a cabo la expulsión.

OCTAVO.-Finalmente, y aunque hubiera sido de aplicación al caso el último párrafo del núm. 2 del artículo 42 del RD 84/1996 en la redacción dada por el RD 1041/2005: “Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley”(regla que por cierto presenta graves dificultades de coordinación con las anteriores que contiene el mismo artículo), tampoco surgiría el derecho a la prestación de desempleo.

El artículo 42.2 alude solo a “determinadas prestaciones”, aunque sin concretarlas, lo que no permite otorgarle un alcance omnicomprendivo de todas las prestaciones de Seguridad Social que sería, como antes apuntamos, lo que resultaría si entendiéramos incluido el desempleo contributivo en esas “determinadas prestaciones”. Y aún entonces, persistiría el obstáculo que nace de la propia previsión del precepto, que condiciona el acceso a esas determinadas prestaciones a que éstas se hubieran podido obtener “de acuerdo con lo establecido en la Ley”. Porque la Ley General de la Seguridad Social que regula la prestación de desempleo, ha establecido para su reconocimiento, como acertadamente razona la sentencia recurrida, una serie de requisitos que en ningún caso pueden cumplir los extranjeros en situación irregular, como vamos a ver.

NOVENO.-El artículo 203.1 LGSS sólo otorga el derecho al desempleo a quienes “pudiendo y queriendo trabajar” pierden el empleo; y los extranjeros no re-

Derecho al trabajo

sidentes aunque quieran, no pueden trabajar legalmente puesto que no pueden obtener la pertinente autorización administrativa para ello, ya que ésta, de acuerdo con las previsiones de la LOEx, sólo se concede bien a extranjeros ya residentes en España, bien a quienes llegan a ella provistos del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen a quienes integran el contingente anual.

El artículo 209.1 LGSS. establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, “las personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 207 “y ya hemos vistos que el extranjero irregular, como es el caso del ahora recurrente, no los cumple”. Y añade, además, que “la solicitud [de desempleo] requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente”; y es evidente que el extranjero irregular tampoco puede formalizar esa inscripción. La Resolución de 11 de julio de 1996, de la Dirección General Instituto Nacional de Empleo (BOE de 9 de agosto) establece que sólo podrán inscribirse en las oficinas de empleo los extranjeros no pertenecientes a países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que, “en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado nacional de trabajo, o la posibilidad de acceder al mismo”. Y el actor de este proceso, dada su situación irregular no tenía reconocido ese derecho ni ahora, ni cuando fue contratado.

Exigencia que por cierto reitera la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2006 “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 de 6 de diciembre), que, aun inaplicable al caso por razones temporales, tiene un evidente valor orientador. En su artículo 1 dispone que pueden inscribirse como demandantes de empleo sólo “los extranjeros que en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo

de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo”. Y en su artículo 2, al enumerar los “documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo” exige siempre la “autorización de residencia”, además de estar “en posesión de una autorización administrativa para trabajar o bien, no estando en posesión de ella, y encontrándose legalmente en España, estar en condiciones de acceder a ella”.

Por su parte el artículo 207.c) LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: “acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el artículo 231 LGSS”. Pues bien, el actor, dada su situación de irregularidad y mientras ésta persista, no puede suscribir dicho compromiso, que es obligación que le impone el artículo 231.1.h) LGSS, y que comporta, según el número 2 del mismo artículo numerosas obligaciones, entre ellas las requeridas por el artículo 207 de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral.

Debe señalarse, por último, que la ausencia de tales requisitos no puede ser imputable al empresario, salvo que éste forme parte de las “redes organizadas para la inmigración ilegal o el tráfico ilícito de mano de obra” de las que habla el artículo 59 LO 4/2000, puesto que la situación de irregularidad por ausencia de autorización de residencia, es previa a la contratación y solo responsabilidad del propio extranjero “no residente”, que decidió entrar y permanecer ilegalmente en España; lo que impediría, incluso, el nacimiento de la responsabilidad indemnizatoria a la que hemos aludido en el fundamento quinto *in fine* y que en este caso no se ha solicitado.

DÉCIMO.-Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que la prestación de desempleo, sólo la puede ob-

Derecho al trabajo

tener el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para trabajar (fue la situación que contemplaron las sentencias de 21 de diciembre de 1994, recurso 1466/94; 21 de septiembre de 95, recurso 834/95 y 25 de septiembre de 1995, recurso 3854/94), pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular. La sentencia recurrida resolvió, pues, de acuerdo con la buena doctrina.

NOTA: Los lectores de esta Revista conocen que en números anteriores hemos venido advirtiendo de la necesidad de que el Tribunal Supremo se pronunciara en unificación de doctrina acerca del reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo al trabajador extranjero en situación irregular. Así ha ocurrido en la Sentencia que ahora se extracta, de fecha 18 de marzo de 2008, que desestima del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador extranjero frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de enero de 2007 (recurso 3847/06), denegando el derecho a la prestación contributiva por desempleo al extranjero que carece de autorización de residencia. Puesto que en este mismo número de la Revista se incluye un comentario sobre dicha sentencia en unificación de doctrina, allí nos remitimos.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Fecha: 31 de enero de 2008.

Recurso: Recurso de suplicación núm. 2423/2007.

Ponente: D. José Ramón Fernández Otero.

Voz: Pensión de orfandad. Beneficiario: institución islámica de guarda legal o “kafala”.

Resumen: “PRIMERO.-La Sala no estima que se haya violado el principio de igualdad por el hecho de que el fallecimiento de la causante origine prestación

de orfandad a favor de su hijo por naturaleza y no a favor de la acogida familiarmente y ello, porque la naturaleza, constitución y efectos de ambas situaciones son distintas y su régimen regulador en el Código Civil también es diferente.

La actual regulación legal, aunque pudiera ser criticada doctrinalmente, tampoco parece contraria al principio de protección social de la familia o de la infancia que tutela el artículo 39 CE, en la protección limitada que otorga el artículo 53 CE, pues este precepto, que debe inspirar la actuación del poder público y de los tribunales, únicamente puede ser aplicado en los términos concretos en que una Ley les reconozca (artículo 53 CE) y en todo caso no permite crear o ampliar por el cauce judicial, una prestación contributiva configurada por quien tiene competencia legislativa”.

En definitiva la argumentación del recurrente es que si la “Kafala” debe asimilarse funcionalmente al acogimiento y éste no da derecho a pensión de orfandad lejos de producirse la discriminación indirecta a que alude la sentencia, resultarán discriminados los acogidos españoles respecto a los acogidos a través de la Kafala.

SEGUNDO.-La lógica matemática nos ha enseñado que hay tres operaciones básicas de relacionar dos conjuntos: atender a los elementos comunes de ambos –intersección– atender a los elementos comunes y no comunes –unión– y atender a los elementos no comunes –diferencia simétrica–.

La cuestión es en este caso comparar dos instituciones jurídicas –conjuntos normativos– y decidir qué operación relacional ha de aplicarse. La sentencia efectúa una operación de intersección pues atendiendo sólo a los elementos comunes –la obligación de guarda y cuidado de los menores que garantiza tanto la Kafala cuanto la adopción– asimila ambos institutos para concluir que el tratamiento diferenciado de ambos discriminará sin

Derecho al trabajo

justificación a los menores extranjeros residentes en España.

La entidad gestora recurrente propone un operación de diferencia simétrica al atender sólo al elemento diferente de que la Kafala, al contrario de la adopción, no crea un vínculo de filiación y entiende así justificado un tratamiento diverso por la diversidad de vínculo.

Nosotros creemos que la operación correcta en la de unión, atendiendo tanto a los elementos comunes y no comunes efectuando así un contraste matizado entre ambos institutos –un contraste más empírico que el abstracto a que abocan las otras dos operaciones–.

Así las cosas lo que hay que contrastar con la Kafala no es la adopción o el acogimiento sino al conjunto “adopción-acogimiento” y por tanto efectuar una asimilación funcional menos drástica por depender del efecto jurídico buscado [No es lo mismo la comparación a efectos del derecho sucesorio que a efectos del derecho alimenticio por ejemplo].

En segundo lugar la literalidad del artículo 175 de la LGSS (RCL 1994, 1825) al hablar de “cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación” no es tan contundente en cuanto que el uso del cuantificador universal “cualquiera que sea” no se compagina con un criterio interpretativo restrictivo, pues “naturaleza legal” hay que interpretarlo en el sentido de naturaleza jurídica y podría comprender tanto la filiación ilegítima cuanto la alegal. Lo importante es atender pues a la *ratio legis* de la pensión de orfandad que, como prestación compensadora –y contributiva– compensa la pérdida de ingresos de los menores dependientes del trabajador/a cotizante cuando el compromiso de atención es, por así decirlo, definitivo.

La exigencia de “filiación” podemos valorarla desde esta perspectiva, como requisito garantizador del

compromiso asistencial previo, cuya pérdida para el menor, compensa la pensión de orfandad.

Pero la exigencia de “filiación” no sólo garantiza, el carácter definitivo de la obligación asistencial sino también su carácter exclusivo, pues, en el supuesto de la adopción la pérdida del vínculo de filiación natural y su sustitución por otro nuevo ubica en éste la responsabilidad alimenticia del menor, lo que no sucede con el acogimiento.

Es desde esta perspectiva como adquiere relevancia la justificación de la desigualdad, respecto a esta prestación contributiva (y por ello en principio relacionada con la aportación del trabajador contribuyente aun en un sistema de reparto como el nuestro) entre el acogido y el adoptado que, como hemos visto, admite nuestra jurisprudencia.

Así las cosas, podemos pasar ya, a la comparación del sistema de la Kafala con el de adopción como dos supuestos de protección del menor por quien no tiene un vínculo de filiación natural con él, y actúa a título propio y no en representación del vínculo parental (como el tutor por ejemplo).

Ambos supuestos arrancan de un “acogimiento” público o administrativo [artículo 8 de la Ley marroquí referido].

(...)

Como hemos anticipado el presente caso se trata no de analizar comparativamente, en cuanto instituciones, la adopción y la kafala –el derecho comparado conoce regímenes diversos de adopción y kafala– en general, sino a los efectos concretos del derecho de acceso a una prestación de la seguridad social española y con el designio de dar cumplimiento, no tanto a una exigencia constitucional de igualdad tal como plantea la sentencia recurrida, y que en principio no existe sino a otra, legal, más precisa, de paridad, derivada del artículo 10 de la Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000, 72 y 209) que es-

Derecho al trabajo

I

tablece “Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que las desarrollan tendrán acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente” y del 14.1 de la misma que dispone “Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles” preceptos que al combinarlos con el artículo 9.4 del CC (LEG 1889, 27) que establece “El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales se regirán por la Ley personal del hijo” exigen prescindir de una “CONSTRUCTIO VERBORUM” puramente nacional que privaría de eficacia a la norma, ya que si equiparamos “hijo” a hijo natural o adoptivo en los términos usuales de nuestro derecho las discrepancias que en esta materia contengan los diversos regímenes jurídicos a considerar, podrían hacer imposible el acceso igualitario a las prestaciones. Y es que no ha de ignorarse que aunque el concepto de filiación natural es susceptible de consideración universal al ser, en cierto modo, prejurídico y respecto a él, la función actual del derecho, desde la perspectiva de la igualdad, es evitar la discriminación que pueda producirse entre los hijos por consideraciones jurídico-formales (de base cultural) privilegiando a unos frente otros, no ocurre lo mismo con la pura filiación jurídica –como la adoptiva– respecto a la cual, y desde esta óptica igualitaria, la función del derecho es la inversa: disminuir la distinta consideración que deriva de la inexistencia de relación natural de parentesco, estableciendo una aproximación a la filiación natural que en cuanto tal es susceptible de graduación legislativa.(...)

Por ello es el contenido de la obligación de asistencia del causante, más que la denominación jurídica en que se expresa, la que debe ser objeto de comparación prescindiendo de nominalismos, ya que se trata de traducir y no transcribir términos foráneos. Y si la mera traducción lingüística es, a menudo, una labor compleja, por el distinto campo semántico que en cada lengua, cubren los vocablos

hasta el extremo de que la misma palabra puede tener significación distinta (lo que los lingüistas llaman falsos amigos) la dificultad es necesariamente mayor cuando se trata de traducir un lenguaje de segundo nivel como el jurídico, en el que las nociones han adquirido un significado diverso al común, exigiéndose por ello la comparación. Habrá que atender pues a la semántica jurídica del sistema extranjero y a su correspondencia con la nuestra. Así distinguimos el significado usual de hijo adoptivo, como término lingüístico común, donde el acento descansa en el sustantivo evocador de la filiación como descendencia (hijo) frente a la noción jurídica de técnica de protección y asistencia a menores que precisamente no son hijos naturales y donde el acento se ubica en la opción existencial que señala el adjetivo (adoptivo).

Como hemos expuesto se trata de comparar las funciones sociales de Kafala y adopción dentro del esquema jurídico general de protección al menor para, determinando semejanzas y divergencias, justificar un tratamiento divergente o semejante a la hora de concretar la igualdad de acceso a la prestación de orfandad.

Y ya hemos visto que la Kafala, en supuestos como el presente, en el que no consta la filiación natural, y la pervivencia de ese vínculo, cumple la función con la misma extensión asistencial que la adopción, de tal modo que resulta injustificada y por tanto contraria a los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000 la postura denegatoria de la parte recurrente.

Desestimamos por ello el recurso, confirmando la sentencia recurrida.

NOTA: Acaecido el fallecimiento de una ciudadana marroquí, residente legal en España, titular de una autorización de trabajo y residencia y afiliada a la Seguridad Social en el Régimen Especial de Emplea-

Derecho al trabajo

dos de Hogar desde 1991, el cónyuge supérstite, también de nacionalidad marroquí, solicita la pensión de orfandad a favor de los dos menores para los que ambos habían obtenido su “Custodia” conforme a la institución de la “kafala”, que anteriormente habían sido reagrupados por la fallecida obteniendo las correspondientes autorizaciones de residencia.

La “kafala”, según la Resolución-Circular de la Dirección General del Registro y del Notariado de 15 de julio de 2006, es una institución del Derecho Musulmán que ante la prohibición coránica de adopción, regula una figura que no crea vínculo de filiación entre el “kaafils”, o persona que asume la “kafala” del menor y este último. Esta institución, se señala, nunca podrá ser reconocida en España como adopción sino que a través de la técnica jurídica propia del Derecho Internacional Privado de la calificación por la función, desarrolla en el Derecho extranjero una función similar a la que despliega en el ordenamiento español el acogimiento familiar.

Como se sabe, el artículo 175 LGSS reconoce como beneficiarios de la pensión de orfandad a cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, siempre que se cumplan una serie de requisitos legalmente establecidos.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en Sentencia de unificación de doctrina de 3 de noviembre de 2004, declaró que el menor acogido permanentemente no queda incluido en el concepto de beneficiario que recoge el citado artículo, que se limita a los hijos por naturaleza o adoptados, pero no a los acogidos, ni siquiera permanentemente.

El debate, por tanto, se centra no tanto en comparar, como instituciones, la adopción y la “kafala”, sino en analizarlas comparativamente, a los concretos efectos del acceso a una prestación determinada de la Seguridad Social española, y no tanto por la exigencia constitucional de igualdad cuanto por otra legal más precisa de paridad derivada del artículo 10 de la Ley de Extranjería.

En conclusión, el TSJ de Madrid, atendiendo a la semántica jurídica del sistema extranjero y a su correspondencia con la nuestra, considera, confirmando el pronunciamiento de instancia, que la institución de la “kafala” cumple en supuestos como el presente, en el que no consta la filiación natural, la misma función social y con similar extensión asistencial que la adopción. Así, resulta injustificada, y contraria a la Ley de Extranjería, la denegación de la pensión de orfandad.

La importancia de la sentencia comentada es indudable, pues el Tribunal lleva a cabo una interpretación finalista, acorde con la realidad social, no encorsetada en parámetros meramente formales.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Fecha: 12 de febrero de 2008.

Recurso: recurso de suplicación núm. 5821/2006.

Ponente: D. Adolfo Matías Colino Rey.

Voz: Extranjero. Vicio del consentimiento: error sobre la persona del trabajador.

Resumen: TERCERO.-En los motivos del recurso dirigido a la censura jurídica, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente denuncia la infracción de los artículos 1261, 1265, 1266, 1267 y 1302 del Código Civil, en relación con el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, motivo tercero, y artículos 3, 1101, 1092, 1275 del Código Civil, en relación con el artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social y 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, motivo cuarto.

Para analizar los motivos del recurso debe tenerse en cuenta, de acuerdo con el relato de hechos, si el contrato de trabajo reúne o no los requisitos necesarios para su validez, de acuerdo con lo dispuesto

Derecho al trabajo

en los artículos 1261, 1265, 1266 y 1278 del Código Civil. Este último precepto dispone que los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca, como establece el artículo 1261. Si el contrato está viciado en la formación del consentimiento la consecuencia que de ello se deriva es la nulidad del mismo, estableciendo el Código Civil que es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo. El artículo 1266 dispone que el error invalida el consentimiento cuando recae sobre aquellas condiciones que principalmente hubiesen dado motivo para celebrarlo, añadiendo que “el error en la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo” y el artículo 1269 establece que “cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ella, no hubiera hecho”.

La sentencia de instancia, en el fundamento jurídico quinto, indica que el contrato de trabajo suscrito entre la demandante y la empresa codemandada es nulo, y, en esta alzada, teniendo en cuenta la relación fáctica, no puede llegarse a otra conclusión, porque el contrato se celebró con manifiesto error en la persona de la trabajadora que ha sido provocado por ésta al aportar documentos falsos, lo que constituye un vicio invalidante del consentimiento en grado tal que provoca la nulidad de la contratación, ya que estamos ante un error en la persona y es esencial para propiciar la suscripción del contrato. Existe, por tanto, un vicio en el consentimiento que se produce por un comportamiento artificioso, engañoso y malicioso de la demandante, consistente en entrega la documentación de otra persona para suscribir el contrato de trabajo y hacerse pasar por ella, circunstancias que fueron las que determinaron que la empresa procediera a su contratación, sin que conste ni en los hechos probados ni en los

fundamentos de derecho que la empresa tuviera conocimiento de esta situación engañosa, sino que, por el contrario, en el momento en que conoció que la trabajadora contratada era otra persona distinta a la demandante procedió a interponer la correspondiente denuncia por los hechos sucedidos. La parte recurrente alega una falta de diligencia por parte de la empresa demandada en cuanto a la comprobación de los datos de la demandante y de la persona suplantada, atendiendo a la diferencia de edad entre una y otra, pero, sin perjuicio de que las valoraciones y juicios de valor que la parte recurrente vierte en el escrito de formalización del recurso no tienen suficiente amparo probatorio, la nulidad del contrato viene determinada por una conducta artificiosa y engañosa de la propia demandante, aceptada por ella misma y no cuestionada, sin que pueda darse validez al contrato suscrito por un actuación no diligente de las partes cuando la otra ha actuado con evidente mala fe y engaño, simulando la identidad de otra persona. Llegados a este punto, debe indicarse que al estar comprendidos en el sistema de Seguridad Social, a efectos de prestaciones en su modalidad contributiva, los trabajadores por cuenta ajena, requisito que no concurre en el presente caso, al ser nulo el contrato de trabajo suscrito con la empresa demandada, la demandante carece del derecho a prestaciones de dicho sistema. No se trata, en el presente caso, de la aplicación de la doctrina conforme a la cual el trabajador extranjero no autorizado no puede verse privado de la protección inherente al contrato de trabajo, sino de que, ante la existencia de un contrato nulo por concurrir un vicio invalidante del consentimiento en grado tal que provoca la nulidad de la contratación, esta declaración impide el acceso al reconocimiento de prestaciones del sistema de Seguridad Social, al no existir un contrato de trabajo que ampare la inclusión en dicho ámbito.

Por lo expuesto, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

Derecho al trabajo

NOTA: La sentencia anteriormente extractada desestima el recurso de suplicación interpuesto por una extranjera, de nacionalidad china, frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 16 de Barcelona de 20 de abril de 2006 que desestimaba la demanda formulada por la trabajadora contra el INSS, la TGSS, el Institut Català de la Salut, Mutual Cyclops y la empresa Ebre Sat, sobre incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo.

Los antecedentes de hecho pueden resumirse de la siguiente manera: la relación laboral se inició en 2004 mediante la suscripción de un contrato de trabajo, para lo que la trabajadora, que carecía de la autorización administrativa para trabajo, había aportado a la empresa la documentación original consistente en un permiso de residencia y pasaporte de otra ciudadana china a quien conocía por haber convivido con ella. Tras sufrir un accidente de trabajo, con el resultado de la amputación completa del dedo pulgar de la mano derecha, el parte de baja y la asistencia hospitalaria se formalizó (como también así se había llevado a cabo el alta en Seguridad Social y las hojas salariales) a nombre de la persona suplantada. Ésta, teniendo conocimiento de tales hechos, se presenta en el domicilio de la empresa manifestando que la trabajadora era una impostora, y la empresa, de manera inmediata, denuncia los hechos ante la Inspección de Tarragona, la Subdelegación del Gobierno de Tarragona y la Comandancia de la Guardia Civil de Amposta. Solicitadas por la trabajadora las prestaciones de incapacidad permanente, la Dirección Provincial del INSS de Barcelona dictó resolución denegatoria, que es confirmada tras la preceptiva reclamación previa.

Vaya por delante que la acción de nulidad es escasamente utilizada en la rama social del Derecho, pues adquiere matices más restrictivos respecto de los que derivan del Derecho común, prefiriéndose utilizar otros mecanismos proporcionados por el Derecho del Trabajo para poner fin a la relación laboral. Dicho esto, el Estatuto de los Trabajadores no enumera los contratos de trabajo que han de consi-

derarse nulos, lo que obliga a acudir a la regulación general de los contratos en el Título segundo del Libro IV del Código Civil. En su aplicación se entiende que para que el contrato de trabajo produzca todos sus efectos es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca (CC artículo 1261).

Respecto a los vicios en el consentimiento, ha de tenerse en cuenta que no hay contrato sino cuando concurre el consentimiento de los contratantes (CC artículo 1261). El consentimiento ha de ser personal, recíproco y versar sobre los elementos esenciales del contrato. Y que es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (CC artículo 1265). Centrándonos en el consentimiento prestado por error, como recuerda la STSJ de Madrid de 24 de enero de 2007 (recurso de suplicación núm. 4605/2006) recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo, “el reconocimiento del error es excepcional y ha de aplicarse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio” y “para que el error sea invalidante es preciso: que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración—artículo 1261.1 del Código Civil—; que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar; que no sea imputable a quien lo padece; y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado”. Así, por ejemplo, se ha considerado que constituye error evidente en el consentimiento que el organismo contratante concierte el contrato de trabajo en la errónea creencia de que la trabajadora ostentaba la titulación exigida para el desempeño del puesto de trabajo ofertado, o cuando existe falsedad en la declaración jurada sobre cumplir determinado requisito exigido en la convocatoria para la cobertura de un determinado puesto de trabajo (STSJ Andalucía/Málaga de 21 de abril de 1992) o, en fin, si se produce la ocultación de un circuns-

Derecho al trabajo

tancia personal cuyo su conocimiento hubiese sido determinante de la voluntad en orden a la contratación (STSJ de Galicia de 26 de abril de 1996).

Más extraña es la declaración de nulidad del contrato de trabajo por suplantación de la personalidad. Aun así, un supuesto similar resolvía el mismo Tribunal en Sentencia de 12 de noviembre de 2007 (recurso de suplicación núm. 705/2004). En este caso se trataba de un peón agrícola que prestaba servicios en una empresa cuando sufre un accidente de trabajo. El trabajador extranjero había entregado en la empresa una Resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid en la que se concedía un permiso de trabajo inicial por cuenta ajena, lo que le permitía trabajar y posibilitaba su afiliación y alta en Seguridad Social, si bien dicho permiso de trabajo no se expedía a su nombre, sino al de otra persona, cuya identidad el extranjero accidentado había suplantado.

En ambos pronunciamientos, el TSJ de Cataluña ha considerado que el contrato de trabajo con manifiesto error en la persona del trabajador/a, provocado por ellos mismos al aportar documentos falsos, constituye un vicio invalidante del consentimiento en grado tal que provoca la nulidad del contrato. Como señala la Sentencia comentada, a tal conclusión no obsta el hecho de admitir que, eventualmente, la empresa no actuara diligentemente (no consta que la empresa tuviera conocimiento de la situación engañosa, y cuando conoció que la trabajadora contratada era otra persona distinta, procedió a interponer la correspondiente denuncia por los hechos sucedidos) cuando la otra parte ha actuado con evidente mala fe y engaño.

Declarada la nulidad del contrato de trabajo, el Derecho civil ordena que los contratantes se restituyan recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato (CC artículo 1303). Ante la imposibilidad de que esa restitución se lleve a cabo respecto de la prestación realizada por el trabajador, éste podrá exigir la remuneración propia

de un contrato válido (ET artículo 9.2), en evitación del enriquecimiento injusto del empresario. Además, la posibilidad de exigir la remuneración consiguiente a un contrato válido se interpreta en sentido estricto, esto es, sin que se adicione al elemento salarial ningún otro efecto (STSJ La Rioja de 15 de abril de 1996). En particular, no cabe exigir al empresario la indemnización por extinción contractual (STSJ de Cantabria de 13 de junio de 2000). Y ello sin perjuicio, de poder ejercitar, ante la jurisdicción civil, la acción por indemnización de daños y perjuicios contra la entidad demandada, sobre la base a las previsiones contenidas en los arts. 1088 y ss. del CC.

La STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2007, por el contrario, al no quedar probado de quién partió la iniciativa de suplantar la personalidad, en un supuesto en el que el trabajador carecía de autorización para trabajar, “no queda sino reconocer la existencia de una relación laboral” y aplicar la doctrina unificada que a partir de la normativa de extranjería vigente ha expresado que “el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada Ley un contrato nulo”, por lo que “no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo”.

Resulta acertada aquella interpretación, según la cual, el artículo 36.3 de la vigente Ley de Extranjería –“la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidarán el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”– superando la doctrina y jurisprudencia que declaraban la invalidez del contrato de trabajo celebrado sin permiso de trabajo derivada de la realización de un acto contrario a una norma imperativa (la exigencia de autorización de trabajo) según dispone el artículo 6.3 CC, el precepto permite vincular los derechos laborales y de Seguridad Social al trabajo y no al contrato de trabajo. Y, por consiguiente, no es de aplicación a los supuestos de

Permiso de trabajo

nulidad total por incumplimiento de los requisitos esenciales del contrato de trabajo, como ocurre, en el supuesto que nos ocupa, cuando se produce un vicio del consentimiento por error en la persona del trabajador.

PERMISO DE TRABAJO

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

Tribunal: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Albacete.

Fecha: 21 de enero de 2008.

Procedimiento: Procedimiento abreviado 377/2007.

Ponente: Jesús Ángel López Sanz.

Voz: Permiso de trabajo: denegación: falta de acreditación de la garantía de actividad continuada.

Resumen: “PRIMERO.-Sentados los términos del debate en los Antecedentes de Hecho de esta resolución, ha de resolverse sobre la cuestión planteada.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 del Real Decreto 2393/2004 dispone que la autoridad competente denegará las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena en el caso de que el empresario o empleador no garantice al trabajador la actividad continuada durante la vigencia de la autorización de residencia y trabajo, o bien cuando, siendo requerido para ello en los términos establecidos en el artículo 51, no acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a

las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo [apartado f)], así como cuando exista un informe gubernativo previo desfavorable [apartado i)]. Estas son las causas en que se basa la Administración para denegar las autorizaciones interesadas. Una vez sentado esto, procede analizar las concretas impugnaciones que la actora realiza.

En primer lugar, la recurrente alega que no es cierto que la empresa no garantice la actividad continuada porque no es cierto que la actividad objeto de los contratos sea de temporada. Para ello sostiene que a lo largo de todo el año agrícola es necesario realizar numerosas actividades de las que se encargan los peones, tales como preparar y labrar terrenos, abonar, regar y sulfatar, recoger la cosecha; en lo que a las viñas se refiere, la poda e injerto, la limpieza de viñedos, el cavado, despedregado y labrado de terrenos, quitar sarmientos, realizar emparrados y sulfatados, y vendimiar. Pues bien, aun cuando admitamos que, en efecto, a lo largo de todo el año agrícola sea necesario que los peones lleven a cabo todas las labores que se describen, no lo es menos que la actora no presenta autorizaciones de trabajo para que peones de cualesquiera cultivos realicen cualesquiera labores a lo largo del año agrícola: lo que pide la actora son autorizaciones de trabajo para peones agrícolas podadores-injertadores, y en la memoria descriptiva (folio 36 del expediente) se dice expresamente que se precisan peones agrícolas podadores-injertadores, y que no los encuentra españoles, y en el perfil del puesto de trabajo se insiste en la misma idea. El motivo de pedir las autorizaciones es el precisarlos para realizar tareas de poda e injerto de viñedo, pero también de recolección de explotaciones agrícolas de legumbres, hortalizas y frutales. Por ello, es incongruente pedir autorizaciones para ocho podadores-injertadores si lo que se pretende no es sólo realizar tareas agrícolas en viñedos, sino también de recolección de productos hortícolas, para lo que no se necesita acudir a la categoría de podadores-injertadores. Y si lo que se necesita son trabajadores que hagan algo más que podar e injertar, entonces quizá no se pueda

Permiso de trabajo

acudir al catálogo ni a la contratación de trabajadores extranjeros. Si se lee el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura del primer trimestre de 2007, se advierte la clara distinción de las categorías, y existen algunas en otras provincias que quizá sí respondan a las necesidades de la recurrente: así, en la provincia de Albacete la ocupación es, como decimos, de podador-injertador; en Ciudad Real, de trabajador agrícola de la vid; en Cuenca, de peón agrícola en general; en Toledo, de trabajador agropecuario; en Burgos, existen todas las categorías, pues se necesitan tanto podadores-injertadores como trabajadores agrícolas de la vid y peones agrícolas en general.

Por ello, la conclusión a la que llega la Administración (que no se garantiza el trabajo continuado durante la vigencia de las autorizaciones) no es desacertada: se aporta con la solicitud un contrato de diciembre de 2006 para cultivar pimientos, cuya duración se extiende desde mayo hasta noviembre de 2007; y un contrato para sembrar brócoli, de marzo a junio de 2007.

Tras ello, se le requiere para que aporte los contratos que justifiquen la contratación de podadores-injertadores para un año, y entonces aporta tres contratos que versan sobre viñedos, pero en dos de los cuales se remite la fijación del precio del contrato a un futuro acuerdo entre las partes, acuerdo que a la fecha del contrato no existe, y que en caso de no producirse conllevará que no se perfeccione el mismo, por lo que la apreciación de la Administración, a cuyo tenor no está garantizada a los trabajadores la actividad continuada durante la vigencia de la autorización de residencia y trabajo, es absolutamente correcta y compatible.

Por ello, ha de rechazarse esta primera causa de impugnación, pues se comparte la conclusión a la que llega la Administración.

SEGUNDO.- En segundo lugar, se alega que las Resoluciones carecen de la motivación exigible, pues el

artículo 53.1.f) del Real Decreto 2393/2004 permite la denegación cuando el empresario o empleador, siendo requerido para ello en los términos establecidos en el artículo 51, no acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo. Por su parte, el artículo 51 prevé que cuando la autoridad competente lo considere necesario para asegurar que el empresario podrá hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo, éste deberá acreditar, con los documentos que exprese y motivadamente se le requieran, los medios económicos, materiales o personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a dichas obligaciones. Por ello, sostiene la actora que el Reglamento ordena a la Administración concretar los documentos que se tienen que aportar, y motivar porqué se le exigen, sin que un eventual trámite de audiencia pueda salvarlo. Y al no haberse verificado en este caso, la denegación carece de la necesaria motivación y genera indefensión. Pues bien, en nuestro caso consta a los folios 40 y 41 del expediente administrativo que se le requirió para que aportase los contratos que justificasen las contrataciones por un año, las declaraciones censal y del IRPF, los pagos trimestrales del IVA, y el Impuesto de Sociedades. Tras aportar el recurrente la documentación requerida, se le concede trámite de audiencia por una serie de circunstancias detalladas que se le hacen saber, y que podrían suponer la denegación de las autorizaciones. Posteriormente, se deniegan las autorizaciones con cita de este precepto.

En este caso sí asiste la razón al recurrente, pues lo que exige la norma no es que se le dé conocimiento previo de las causas que pueden motivar la denegación para que alegue si a su derecho conviene, pues eso no es más que un trámite de audiencia genérico aplicable a cualesquiera procedimientos; lo único que posibilita el artículo 53 del Real Decreto 2393/2004 es que se deniegue la autorización cuando, siendo requerido el interesado para ello en los

Permiso de trabajo

términos establecidos en el artículo 51, no acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo. Y como el artículo 51 dice que cuando la autoridad competente lo considere necesario para asegurar que el empresario podrá hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo, éste deberá acreditar, con los documentos que expresa y motivadamente se le requieran, los medios económicos, materiales o personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a dichas obligaciones, está claro que sólo puede denegarse la autorización al amparo de esta causa cuando el interesado no acredita sus medios económicos, materiales y personales con los documentos que específicamente (expresa y motivadamente dice la norma) se le hayan requerido antes. No es eso lo que se ha hecho en este caso, en el que se le pide que subsane la aportación de documentos, después se recaban informes, a continuación se le da audiencia y después se deniega la solicitud porque no se acreditan los medios económicos, materiales y personales, juicio que se fundamenta en causas y documentos distintos de los que expresa y motivadamente se pidieron.

TERCERO.- También asiste la razón a la recurrente cuando se queja de que la Resolución recurrida se basa, en último lugar, en la existencia de un informe generativo previo desfavorable por la existencia de una causa penal en curso en la cual no se ha dictado sentencia firme. Y es que la STSJ de Castilla La Mancha (sección 2.^ª) de 12 de febrero de 2007 ha declarado que la mera existencia de diligencias penales en curso no es razón legal bastante para la denegación del permiso, pues se fundamenta en una causa no contemplada expresamente en la LO 4/2000, aun cuando el Reglamento ampare la existencia de un informe gubernativo previo desfavorable. Y se declara que esta denegación es improcedente aun cuando se dictase a posteriori sentencia condenatoria, puesto que supondría en caso contrario admitir que la Administración obra correcta-

mente aplicando una causa ilegal por el hecho de que posteriormente recaiga condena penal.

No obstante estimarse que en los dos últimos casos sí tiene razón la actora, ello carece de incidencia en la práctica, al ser en todo caso legal la actuación de la Administración por el primer motivo, con lo que la desestimación del recurso es inevitable.

NOTA: Como resulta conocido, el artículo 50.a) RELOEx, con la finalidad de concretar el principio de situación nacional de empleo, crea un instrumento para su determinación, que es el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, de elaboración trimestral por el Servicio Público de Empleo, previa consulta a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, y que utiliza para su confección la información disponible sobre la gestión de las ofertas presentadas por los empleadores en los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas.

Dicho Catálogo permite a los empleadores instar la tramitación de autorizaciones de trabajo relativas a puestos de trabajo cuando las vacantes que necesiten cubrir lo sean en ocupaciones incluidas en el mencionado Catálogo. Utilizando dicha posibilidad, la empresa recurrente solicita ocho autorizaciones de trabajo iniciales para la actividad de “peones agrícolas podadores-injertadores”, dado que la misma aparecía incluida en el Catálogo de la Provincia de Albacete del primer trimestre de 2007. Tanto en la memoria descriptiva como en el perfil del puesto de trabajo descrito por la empresa se insiste en la necesidad de contratar, ante la ausencia de trabajadores españoles dispuestos realizar las labores propias, a trabajadores extranjeros para que lleven a cabo las tareas de poda e injerto de viñedo. Sin embargo, en realidad, la pretensión del empresario era contratar a trabajadores que realizasen no sólo aquellas funciones de poda e injerto, por naturale-

Derecho penal

za temporales, sino otras propias de un peón agrícola que bien pueden ocupar todo un año. Siendo así, la Administración considera que lo procedente hubiese sido solicitar las correspondientes autorizaciones para la actividad agrícola en general, que al no encontrarse recogida en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, habrían de haber sido gestionadas ante el Servicio Público de Empleo.

Por otra parte, de admitirse que las labores a realizar eran exclusivamente las propias de la poda e injerto, el empresario tendría que haber justificado, con los correspondientes contratos, que quedaba garantizada la actividad laboral durante un año respecto de los trabajadores que pretendía contratar.

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 3 de diciembre de 2007.

Recurso de Casación por Infracción de Ley: 1084/2007.

Ponente: Don Andrés Martínez Arrieta.

Voz: Delito de inmigración clandestina cometido por ciudadanos rumanos.

Resumen: Se absuelve a los acusados del delito de tráfico ilegal de inmigrantes del que venían siendo acusados. Tras la adhesión del Rumanía y Bulgaria a la Unión Europea no es procedente la subsunción en el delito de inmigración clandestina del artículo 318.bis, por el que han sido condenados los recurrentes.

“«El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Denia, instruyó sumario 1/05 contra Jesús María y Iván, por delito de tráfico ilegal de inmigrantes, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, que con fecha 5 de febrero de dos mil siete dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: Como Hechos Probados en la presente causa se declaran los siguientes: En el mes de octu-

bre de 2004 los procesados Jesús María y Iván, de nacionalidad francesa, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales en España, se encontraban en Rumania. Allí trabaron contacto con dos ciudadanas del país llamadas Margarita y Lucía, a las que ofrecieron traer a España para que se dedicaran a la prostitución, exigiéndoles la cantidad de 200 euros a cada una.

El 27 de diciembre llegaron a España los dos acusados con Lucía, consiguiendo, tras gestiones personales con los encargados, colocarla ejerciendo la prostitución en el Club llamado, (...), que estaba situado en la localidad de Vergel.

El 14 de enero siguiente llegó a España Margarita en compañía de los acusados. Estos comentaron a las dos mujeres que iban a pasar a ejercer la prostitución en otro establecimiento denominado, El Romaní situado en la localidad de Sollana, debiendo entregarles una parte de lo que ganaran.

Ambas acusadas se negaron, dando cuenta a la policía que procedió a la detención de los dos acusados.

No consta que los procesados tuvieran relaciones sexuales incontinentes con Margarita o Lucía, ni que las privaran de la libertad de movimientos».

(...).

«El Tratado de Adhesión de Rumania y Bulgaria a la Unión Europea, ratificado por España por Instrumento de 29 de diciembre de 2006, entró en vigor el pasado 1 de enero de 2007. En el mismo se declara la vinculación del ‘acervo comunitario’, lo que incluye el denominado ‘acervo de Schengen’ desde el momento de la adhesión. (...)»

Con relación a los ciudadanos de Bulgaria y de Rumania, que ya son ciudadanos de la Unión Europea, por lo tanto dotados de los derechos derivados de la ciudadanía, con los mecanismos de

Derecho penal

protección que se proclaman en los Tratados de la Unión, no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas de inobservancia de una específica cláusula de salvaguarda ejercitada por España de carácter temporal y sometida a una Declaración de urgencia en la aproximación al acervo comunitario y al Tratado de Schengen, pues las condiciones que afectan a los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea aparecen protegidas y salvaguardadas por la normativa de la Unión no afectada por la cláusula de salvaguarda que, se recuerda, sólo afecta a las condiciones de contratación laboral durante un periodo determinado.

(...).

La posible afectación a la libertad del ciudadano extranjero, como en el caso de la determinación coactiva a la prostitución, haría de aplicación el artículo 188 del Cp, sin que, en este caso exista diferenciación según el sujeto pasivo sea nacional rumano, ciudadano de la Unión o extracomunitario. Pero en lo que afecta al delito de inmigración clandestina, en los términos en que ha sido abordado por la jurisprudencia de la Sala, la situación del nacional, rumano o búlgaro, no es distinta de cualquier ciudadano de la Unión, por la protección a la persona en el ámbito territorial de la Unión que resulta del Anexo II del Tratado de la Unión y no hay riesgo potencial de los derechos personales y a la libertad derivado del ciudadano de la Unión, supuesto que sí puede concurrir con relación a ciudadanos no comunitarios.

En conclusión, en el supuesto de ciudadanos búlgaros o rumanos, tras la adhesión de estos países a la Unión Europea, no es procedente la subsunción en el delito de inmigración clandestina del artículo 318 bis, por el que han sido condenados los recurrentes. En primer lugar por razones de tipicidad, dada la proclamación de la libre circulación de personas. También por razones de seguridad jurídica, pues la tipicidad no puede depender de un Acuerdo de

Consejo de Ministros, actuando o dejando sin efecto una cláusula de salvaguarda en los términos que resultan del Anexo VII del Tratado de adhesión y de la Declaración conjunta. Además, por falta de lesividad al bien jurídico protegido por el tipo penal. En los términos que hemos expuesto, el bien jurídico no es sólo la política sobre flujos migratorios, sino que es precisa una afectación, real o potencial, de los derechos del ciudadano, lo que no es posible afirmar, en términos generales, cuando el mecanismo de protección y los derechos que les corresponden son los propios de los ciudadanos de la Unión Europea.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid.

Fecha: 5 de diciembre de 2007.

Recurso de Casación: 10919/2007.

Ponente: Don Julián Sánchez Melgar.

Voz: Inmigración clandestina: ciudadanas rusas.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte recurrente quien promovió y facilitó la entrada en España de dos ciudadanas rusas, en condiciones aparentemente similares a las de un viaje turístico, para destinarlas al ejercicio de la prostitución.

“Se alega la aplicación indebida del artículo 318 bis 1 del Código Penal en su redacción realizada por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en el que se castiga a quienes «promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España» aduciendo que las ciudadanas rusas víctimas en este caso de dicha infracción penal entraron legalmente en España provistas de su pasaporte, limitándose el acusado a recogerlas en la estación de Chamartín en Madrid, por lo que esta conducta no sería subsumible en el citado precepto.

El cauce casacional elegido por el recurrente implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Derecho penal

pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia, de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 920/2006 y 936/2006, entre otras).

El sustrato fáctico de la resolución impugnada describe una conducta consistente en el ofrecimiento realizado a una ciudadana rusa para venir a España desde la ciudad de Novosibirsk en la Federación Rusa con la finalidad de trabajar en nuestro país cuidando niños o como camarera, para lo cual le fue otorgado un préstamo que debía hacer efectivo al acusado, quien la recogió en el aeropuerto y le llevó a un domicilio en Madrid donde le retiró el pasaporte, le obligó a permanecer en el mismo y a ejercer la prostitución. Asimismo se relata como, tras conocer a otra ciudadana rusa en París, la invitó para que se desplazase a Madrid para pasar unos días en esta ciudad, yendo a recogerla a la estación de tren de Chamartín y llevándola a un club donde le amenazó con represalias hacia su familia si no se dedicaba a ejercer la prostitución.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 21 de diciembre de 2007.

Recurso de Casación por Infracción de Ley: 1534/2007.

Ponente: Don Perfecto Andrés Ibáñez.

Voz: Inmigración clandestina.

Resumen: Se desestiman los recursos interpuestos por los recurrentes quienes ayudaron a que don Jesús Luis pudiera franquear la frontera española de forma irregular, lo que constituye un supuesto de inmigración clandestina, en cuanto fue realizada burlando los controles administrativos.

“Recurso de Jesús Carlos:

Lo ha planteado, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por considerar vulnerado el principio de presunción

de inocencia y, en consecuencia, indebidamente aplicados los artículos 318 bis 1 y 2 y 172 del Código Penal. El argumento es que no ha podido demostrarse que este acusado hubiera percibido pago alguno por participar en la operación de tráfico de emigrantes que es objeto de la causa. Que es así lo demostraría, a su entender, el dato de que el denunciante se habría entendido sólo con Jesús Carlos), que, investigado, no ha sido juzgado. A esto habría que añadir que, según lo declarado por el que recurre, éste conoció a aquél en el barco y de manera casual, y no sabía que estuviera en situación ilegal, incluso pensó que era español. Cuestiona, además, la existencia del delito de coacciones.

Por lo que hace al primer aspecto del motivo, el examen del acta del juicio pone claramente de manifiesto que los datos a que se alude no reflejan en absoluto lo que resulta del cuadro probatorio, y que sólo se trata de una selección interesada de aquello que pudiera favorecer a este acusado.

(...).

Recurso de Virginia:

Invocando el artículo 852 Lecrim y el artículo 5.4 LOPJ se ha denunciado la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por falta de prueba de cargo acreditativa de que la acusada hubiera actuado como se dice en los hechos. En apoyo de esta afirmación se hace hincapié en sus manifestaciones y las del otro acusado relativas a que el denunciante compró el billete del ferry por su cuenta; a que fue acogido por los inculcados debido a que su hermano no había ido a recogerle a su llegada a la península; a que no estuvo secuestrado sino que tuvo libertad de movimientos. También se señalan algunas manifestaciones de los mismos a la policía que, se dice, estarían en contradicción con lo afirmado en el juicio.

Pero de nuevo aquí hay que señalar que para razonar de ese modo se prescinde de los elementos

Derecho penal

I

nucleares de la prueba de cargo, de los que resulta la existencia de una relación previa de los acusados con la persona que se encargó de proporcionar el pasaporte alterado a Jesús Luis; que los mismos se hicieron cargo de él ya en Ceuta e hizo el viaje en su compañía. Luego están las manifestaciones del propio Jesús Luis, perfectamente claras, en el sentido de que su permanencia en la casa no fue voluntaria, sino que constituyó una prolongación de la situación inicial; y que durante ese tiempo, en el que se hicieron las gestiones ya aludidas para la consecución del dinero, no fue libre, sino forzada mediante la retención del pasaporte.

Es verdad que son de apreciar algunas inconsecuencias, pero ciertamente marginales, que en nada desvirtúan los elementos probatorios nucleares de la imputación, a saber: que los ahora recurrentes actuaron en relación con el sujeto que se encargó de proporcionar el pasaporte; que ya en Ceuta operaron dentro de un plan que comprendía el traslado a la península; que una vez en ella, se produjo una situación que es la descrita, en la que, si Jesús Luis pudo gozar de alguna libertad de movimientos, ésta estuvo siempre limitada por la ausencia de la documentación, en el ya señalado contexto, de la conciencia de la irregularidad de su estancia en el país, que reforzaba su dependencia de los dos acusados.

Por tanto, y por lo mismo que ya se dijo al tratar del motivo primero del anterior recurrente, lo cierto es que existió prueba de cargo, procedente de la declaración del acusado en el juicio, que, en los aspectos esenciales de la imputación, guarda franca relación de coherencia con las manifestaciones de su hermano y de la esposa de éste. Y, por ello, hay que entender que concurre prueba de cargo y no existe vulneración del derecho a la presunción de inocencia.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 27 de diciembre de 2007.

Recurso de Casación por Infracción de Ley: 1164/2007.

Ponente: Don Andrés Martínez Arrieta.

Voz: Inmigración clandestina de marroquíes.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal por un delito contra el derecho de los ciudadanos extranjeros por trasladar en cayuco a sesenta y cinco inmigrantes irregulares, siete de ellos menores de edad, procedentes de Maruecos y con destino a las costas españolas.

“La Sección Segunda de la Audiencia provincial de Granada dictó sentencia en el presente procedimiento en cuya parte dispositiva declaró la falta de jurisdicción del tribunal para el enjuiciamiento de unos hechos que habían sido objeto de acusación contra dos acusados por delito del artículo 318 bis a quienes se imputaba que patroneaban una embarcación con sesenta y cinco inmigrantes que procedentes de la costa africana tenían como destino España, siendo interceptados a 42,5 millas de la ciudad almeriense de Adra.

(...).

En el presente caso, nos encontramos con un buque sin nacionalidad (como de ordinario lo son las pateras y los cayucos utilizados para este tipo de actividades ilícitas). La navegación con este tipo de embarcaciones es realmente peligrosa para las personas que las utilizan. En el caso de autos, el Ministerio Fiscal acusó a los supuestos responsables de la operación abortada de un delito del artículo 318 bis, apartados 1.º y 3.º del Código Penal (...), por estimar que los ocupantes del cayuco corrían grave riesgo para sus vidas, ya que carecían tanto de medios de comunicación exterior como de chalecos salvavidas (los medios de comunicación dan cuenta con no escasa frecuencia de personas que pierden la vida en este tipo de operaciones), razón por la cual hubo de intervenir una embarcación del Servicio de Salvamento Marítimo español, que rescató a los inmigrantes y los trasladó a la costa española. Consiguientemente, los presuntos responsables de la operación de inmigración ilegal quedaron en territorio español, al que, de modo indudable, se dirigía el cayuco intervenido.

Homologación

El hecho de la operación de inmigración ilegal organizada para penetrar clandestinamente en territorio español es patente. Tal conducta constituye un delito grave, al estar penada con prisión de seis a ocho años (...). La embarcación utilizada carecía de nacionalidad. No consta que ningún Estado haya reclamado el conocimiento de este hecho. Los presuntos responsables –al menos una parte de ellos (los que viajaban en el cayuco)– se encontraban en territorio nacional. Existe, en todo caso, un evidente lazo de conexidad entre el hecho objeto de esta causa y los intereses nacionales. Concurren, pues, en el presente caso, un conjunto de circunstancias que, de acuerdo con las normas y principios de Derecho internacional ya expuestos, (...) en relación con el artículo 8.7 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire anteriormente transcrito, dotan de cobertura a esta atribución jurisdiccional, posibilitan la adopción de medidas conforme al derecho interno, entre ellas la incoación del oportuno atestado por las Fuerzas de Seguridad, y justifican sobradamente el conocimiento del presente caso por los órganos jurisdiccionales españoles.

Procede, en conclusión, la estimación del motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal, con la lógica consecuencia de anular la sentencia recurrida y remitir las actuaciones al Tribunal de que proceden para que por el mismo se dicte la sentencia que proceda sobre las acciones penales deducidas en la presente causa por el Ministerio Fiscal.”

HOMOLOGACIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 30 de noviembre de 2007.

Recurso de Casación: 3758/2005.

Ponente: Don Ricardo Enríquez Sancho.

Voz: Homologación de título. Ingeniero técnico industrial: Reino Unido.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la Orden que deniega la solicitud del recurrente para la homologación de su título.

“El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 1378/2003 deducido ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 31 de marzo de 2005 por la que se estima el recurso interpuesto por don Héctor contra la Orden de la Ministra de Educación, Cultura y Deporte, de 4 de octubre de 2003, que deniega la solicitud del recurrente para la homologación de su título «Bachelor of Science in Technology Management y Higher National Diploma Engineering» otorgado por la Universidad de Gales (Reino Unido) y cursado en el Centro de Estudios Superiores de la Fundación San Valero de Zaragoza, al título oficial español de Ingeniero Técnico Industrial.

(...).

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 Everardo 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.

«(...)».

Homologación

En definitiva, el criterio que lleva a estas Sentencias a estimar el recurso de casación es, sustancialmente, en el fondo, el mismo: la aplicabilidad de las normas sobre autorización de Universidades y Centros Universitarios a los procedimientos de homologación de títulos o de habilitación para el ejercicio profesional. Aplicabilidad que se estima improcedente, según la normativa anterior a la Ley Orgánica 6/2001, en la Sentencia citada y en la que estamos dictando».

De acuerdo pues, con el criterio jurisprudencial mencionado, plenamente aplicable al caso que se enjuicia, no puede acogerse el motivo de casación único aducido por el Abogado del Estado, debiéndose con ello desestimar el recurso formulado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 30 de noviembre de 2007.

Recurso de Casación: 3767/2005.

Ponente: Don Ricardo Enríquez Sancho.

Voz: Homologación de título. Diplomado en turismo: Reino Unido.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la resolución por la que se denegó la solicitud de homologación del título de “Bachelor of Arts in Tourism” obtenido en la Universidad de Wolverhampton (Reino Unido) al español de Diplomado en Turismo.

“El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 1295/2003 deducido ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 25 de abril de 2005 por la que se estima en parte el recurso interpuesto por don Octavio contra la resolución de la Ministra de Educación Cultura y Deporte, de 2 de octubre de 2003, por la que se deniega la solicitud de homologación del título de «Bachelor of Arts in Tourism» obtenido en la

Universidad de Wolverhampton (Reino Unido) al español de Diplomado en Turismo.

La resolución del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte anulada por La resolución del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte anulada por la Audiencia Nacional rechazó la solicitud del Sr. Octavio porque parte de los estudios en virtud de los cuales logró el título que pretende homologar no los cursó en Universidades, Instituciones o Centros de enseñanza superior debidamente reconocidos o autorizados por las autoridades competentes conforme a la correspondiente normativa.

(...).

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. Alfredo 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 Alfredo 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

Homologación

I

don Alfredo 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 Alfredo 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.

(...).

En definitiva, el criterio que lleva a estas Sentencias a estimar el recurso de casación es, sustancialmente, en el fondo, el mismo: la aplicabilidad de las normas sobre autorización de Universidades y Centros Universitarios a los procedimientos de homologación de títulos o de habilitación para el ejercicio profesional. Aplicabilidad que se estima improcedente, según la normativa anterior a la Ley Orgánica 6/2001, en la Sentencia citada y en la que estamos dictando.

De acuerdo pues, con el criterio jurisprudencial mencionado, plenamente aplicable al caso que se enjuicia, no puede acogerse el motivo de casación único aducido por el Abogado del Estado, debiéndose con ello desestimar el recurso formulado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 17 de diciembre de 2007.

Recurso de Casación: 3529/2000.

Ponente: Doña Celsa Pico Lorenzo.

Voz: Homologación de título. Anestesiología y reanimación: Argentina.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la resolución sobre homologación del Certificado de Especialista en Anestesiología y Reanimación obtenido en la República de Argentina. El programa seguido por el actor se ajusta al español de especialidad tanto en el contenido como en la duración.

“El Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración del Estado interpone recurso de casación 3529/2000 contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, con fecha 18 de febrero de 2000, que acuerda estimar el recurso contencioso administrativo promovido por la representación procesal de D. Aurelio, contra la resolución del Secretario de Estado de Universidades, Investigación y Desarrollo de 22 de enero de 1998, sobre homologación de Certificado de Especialista en Anestesiología, obtenido en la República

Homologación

Argentina, al español de Médico Especialista en Anestesiología y Reanimación. Acuerda dejar en suspenso la resolución del expediente hasta que el solicitante acredite la superación de una prueba teórico-práctica ante la falta de la acreditación de un período mínimo de seis meses en la reanimación post-quirúrgica. Resuelve la Sala anular el meritado acto por no ser conforme a Derecho y declarar el derecho que asiste al recurrente a que su Certificado de Especialista en Anestesiología, expedido por la Secretaría de Salud del Ministerio Salud y Acción Social de la República Argentina, sea homologado al título español de Médico Especialista en Anestesiología y Reanimación.

(...).

Así las cosas, consideramos, a la vista de la documentación a que hemos hecho referencia, que el actor ha acreditado la práctica rotatoria post-quirúrgica prevista durante el tiempo exigido, seis meses (puesto que según consta en el expediente administrativo el programa de la especialidad se desarrolló durante los años 1992 a 1995, ambos inclusive), único extremo éste que, repetimos, a la vista de las actuaciones practicadas, ha determinado la exigencia de la práctica de prueba teórico-práctica. En consecuencia, considerando la Sala que el programa seguido por el actor se ajusta al español de la especialidad tanto en el contenido como en la duración, el recurso debe prosperar y ser estimado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 20 de diciembre de 2007.

Recurso de Casación: 5959/2004.

Ponente: Don Antonio Martí García.

Voz: Homologación de título de Bachiller: México.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la resolución por la que se denegaba la homologación de los estudios cursados por la recurrente en el sistema educativo de México al título de Bachiller del sistema educativo español. Procede

la homologación al haber acreditado la solicitante haber aprobado tantos cursos correlativos y completos como le quedaban pendientes para terminar los estudios españoles y ello aunque lo fuera en un tiempo inferior a dos cursos académicos.

“Se plantea en el presente recurso la homologación del título de Bachiller obtenido en México al correspondiente título español de Bachillerato, que es denegado por la resolución impugnada por entender que la duración de los estudios realizados en México son inferiores y, por tanto, no equivalentes a los españoles, ya que le faltarían por cursar dos semestres; ahora bien, de los datos que obran en el expediente resulta que la recurrente cursó sus estudios de ESO y Bachillerato en parte en España y en parte en otros países, como Irlanda o México; en este último País le fueron convalidados estudios españoles de modo que realizó 2.º y 3.º de Preparatoria, equivalentes a 1.º y 2.º de Bachillerato español y obtuvo al finalizar el título mexicano de bachiller superior, en cuyo certificado consta la superación de las distintas asignaturas, también equivalentes a las españolas por lo que, conforme al sistema educativo mexicano, estaba en condiciones de que le fuera expedido el título de Bachiller, como efectivamente lo fue.

(...).

Por lo tanto y de acuerdo con lo expuesto resulta evidente que no puede prosperar la alegación del Abogado del Estado toda vez que ha sido la propia Administración la que teniendo en cuenta los criterios señalados por el artículo 5.º del Real Decreto 104/1988 –estructura de los sistemas educativos respectivos y comparación de sus contenidos– estableció la equivalencia de los estudios cursados en México en la forma que establece la Orden de 30 de abril de 1996. En este sentido, resulta revelador el precedente al que se refiere la Nota informativa de 16 de diciembre de 2002 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte –obrante en el expediente– en el que la

Homologación

Administración homologó el título de Bachiller obtenido en México al título español de Bachiller.

(...).

Por tanto, entendemos ajustada a derecho la Sentencia impugnada, pues acreditado por la solicitante haber aprobado tantos cursos correlativos y completos como le quedaban pendientes para terminar los estudios españoles procedía la homologación que le fue denegada y ello aunque lo fuera en un tiempo inferior a dos cursos académicos, circunstancia que aunque en supuestos tasados y excepcionales también permite el sistema educativo español como así lo reconoce la propia Administración en la citada Nota informativa de 16 de diciembre de 2002.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 28 de diciembre de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 682/2006.

Ponente: Don Eduardo Menéndez Rexach.

Voz: Homologación de título: Cardiología. Argentina.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la homologación de su título argentino de especialista en Cardiología. Falta de equivalencia necesaria entre las dos formaciones que se pretenden homologar.

“El presente recurso tiene por objeto una resolución del Ministerio de Educación y Ciencia de 6 de septiembre de 2006 por la que se denegó la solicitud de homologación de su título argentino de médico especialista en Cardiología expedido por la «Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires» al correspondiente español.

(...).

En cuanto a la equivalencia de la duración y contenido de la formación en los informes de la Comisión

Nacionalidad se pone de manifiesto que la duración de los estudios y de la formación del demandante no es la misma que la requerida en España para alcanzar la especialidad y la referencia a considerar no es, como se dice en la demanda, la que tenía la especialidad en España cuando el recurrente realizó sus estudios en la universidad argentina, sino cuando presentó su petición de homologación; en cuanto al contenido, aparte de carencias concretas en materias esenciales, se pone de manifiesto que «el programa no es lo que nuestro sistema entiende como residencia»; su asistencia por ejemplo, a hemodinámica y electrofisiología, no es equivalente a la realización práctica de estudios, diagnósticos y terapéutica de dichas áreas, lo que revela la falta de equivalencia en las dos formaciones y excluye, además, la petición subsidiaria de condicionar la homologación a la realización de una prueba de conjunta prevista en las normas mencionadas cuando se aprecian determinadas insuficiencias, pero no cuando no existe la equivalencia necesaria en los estudios.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 29 de enero de 2008.

Recurso de Casación: 3865/2006.

Ponente: Don Antonio Martí García.

Voz: Homologación de título: Arquitectura. Turquía.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos y se acuerda homologar a la interesada su título de Arquitectura obtenido en Turquía al español de Arquitecto Técnico.

“La sentencia que es objeto del presente recurso de casación desestimó el recurso contencioso-administrativo y confirmó la resolución que en el mismo se impugnaba, por la que se acordó que el título de Arquitectura obtenido por doña Francisca en la Universidad de Yildiz (Turquía) quede homologado al título español de Arquitecto Técnico (...).

(...).

Nacionalidad

Se alega en síntesis que, en el presente caso, no se produce la necesaria equivalencia entre la titulación española de Arquitecto Técnico y la titulación de Arquitectura obtenida por la interesada en una Universidad turca, debiendo haber quedado condicionada la homologación a la prueba de conjunto que prevé el artículo que se entiende infringido para los casos en que no exista tal equivalencia. Asimismo, señala que de seguirse el criterio de la Administración y avalado por la Sentencia recurrida, se desprendería que la Arquitectura Técnica constituiría simplemente el primer ciclo de la Arquitectura, poniendo de manifiesto que, en realidad, se trata de dos titulaciones concurrentes en el ámbito de la edificación. Finalmente, subraya que, conforme al informe aportado como material probatorio y emitido por el Secretario General de la Universidad Politécnica de Madrid, la interesada no ha superado las materias que se consideran imprescindibles para la obtención del título académico español de Arquitecto Técnico.

Procede rechazar tal motivo de casación. El planteamiento del mismo resulta desacertado, al igual que ya se señaló por esta Sala respecto de un recurso de casación interpuesto por el mismo Consejo General (Sentencia de 11 de diciembre de 2006 –recurso de casación núm. 5691/2001–, y más recientemente Sentencia de 20 de noviembre de 2007 –recurso de casación núm. 5017/2004–), pues la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional deja claro que la homologación del título de Arquitectura obtenido por doña Francisca en la Universidad de Yildiz (Turquía) se basa precisamente en la apreciación del Ministerio de Educación y Ciencia, con el parecer favorable del Consejo de Universidades, de que existe en este caso el grado de equivalencia necesario para la homologación con el título español de Arquitecto Técnico. Así, hemos visto que en el fundamento tercero de la sentencia recurrida se excluye expresamente que la homologación acordada resulte de la directa aplicación de un convenio, ni de tablas de homologación, y, por el contrario, la Sala de la Audiencia Nacional deja claro que la ho-

mologación que se examina se sustenta en el juicio de equivalencia realizado a partir del informe favorable que emitió el Consejo de Universidades.

(...).

Queda patente pues, que el informe de la Comisión Académica del Consejo de Universidades desfavorable a la homologación al título de Arquitecto, pero favorable al título de Arquitecto Técnico, y el consiguiente juicio acerca del grado de equivalencia que se advierte en la formación cursada para la obtención del título extranjero y la exigida para el título español al que pretende homologarse se encuadra en la discrecionalidad técnica, sin perjuicio de resaltar que determinados aspectos sí escapan a tal concepto jurídico. En este caso concreto deben ser respetadas las conclusiones alcanzadas por la citada Comisión Académica, puesto que en modo alguno se muestran arbitrarias o irrazonables.”

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 21 de noviembre de 2007.

Recurso de Casación: 7644/2003.

Ponente: Don Agustín Puente Prieto.

Voz: Denegación de nacionalidad: antecedentes penales.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la concesión de la nacionalidad española solicitada. La detención de la interesada por un delito de robo con fuerza en las cosas resta credibilidad al requisito de buena conducta cívica de exigencia legal.

“Se interpone el presente recurso de casación contra sentencia de 22 de julio de 2003 de la Sala de lo

Nacionalidad

Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de la Audiencia Nacional que resuelve, desestimándolo, el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de D. Óscar contra resolución del Ministerio de Justicia de 18 de julio de 2001 por la que se denegó la concesión de nacionalidad española solicitada por el recurrente.

(...).

Analiza a continuación el Tribunal de instancia las circunstancias concurrentes en el recurrente poniendo de manifiesto que “En el presente caso, es lo cierto, que si bien la detención de 28 de enero de 1992, originadora de las Diligencias Policiales 40.195 que dieron lugar al Procedimiento Abreviado 328 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Lérida, concluyó con la Sentencia absolutoria de 27 de abril de 1993, no es menos cierto que la segunda detención de 14 de junio de 1996 originadora de las Diligencias Policiales (...), que sustanciaron las Diligencias Previas 822/96 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Lérida, lo fueron por delito de Robo con fuerza en las cosas, aunque sobreseídas provisionalmente en cuanto al hoy recurrente en 22 de octubre de 1996; actuaciones estas últimas muy próximas en el tiempo a la solicitud ante el Encargado del Registro Civil de Lérida, registrada de entrada el 21 de julio de 1998. Antecedente que, aunque ponderado adecuadamente con los datos positivos concurrentes en el solicitante de su prolongada residencia desde 1988, regular empadronamiento, trabajo continuado y vida familiar y de convivencia, resta credibilidad al requisito de buena conducta cívica de exigencia legal y acotamiento sociológico. Razones todas que conducen a considerar ajustada a Derecho la resolución recurrida que por ende ha de ser mantenida.

Concluye por consiguiente la sentencia en la procedencia de desestimar el recurso confirmando la resolución impugnada.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 27 de noviembre de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 171/2006.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Concesión de la nacionalidad española: lesiones.

Resumen: Se estima el recurso promovido por el recurrente contra la resolución por la que se le había denegado la nacionalidad solicitada en base a no haber justificado suficientemente buena conducta cívica, en base al hecho de tener antecedentes penales por lesiones.

“En el caso que ahora nos ocupa, el recurrente es natural de Marruecos, reside legalmente en España desde 1999, contrajo matrimonio con una ciudadana española el 11 de mayo de 2001, con la que tiene un hijo, consta inscrito en el padrón municipal de habitantes de Alicante y en fecha de 4 de octubre de 2002 tenía acreditados 872 días de alta en el Sistema de la Seguridad Social.

El 31 de octubre de 2002 el interesado presentó la solicitud de concesión de la nacionalidad española, habiendo informado favorablemente durante su tramitación el Ministerio Fiscal y el Juez Encargado del Registro Civil.

Amén de lo anterior, es de notar que –según el correspondiente informe policial– el demandante fue detenido el 21 de julio de 2003 en Murcia por lesiones, siendo este antecedente el que se recoge en el acto originario para denegar la nacionalidad, si bien la resolución de reposición alude a que dicha parte fue acusada de un presunto delito de robo con violencia o intimidación, respecto del que se dictó un auto de sobreseimiento provisional de 17-7-2003, entendiendo esta última resolución que no hay distancia temporal suficiente entre el meritado auto de sobreseimiento y la solicitud de nacionalidad, por lo que concluye que «de momento no está suficientemente acreditado el requisito de la buena conducta cívica».

(...).

Nacionalidad

Pues bien, examinado cuanto hemos referido a la luz de la normativa y de la jurisprudencia de aplicación al supuesto enjuiciado, podemos ya anticipar la suerte estimatoria del recurso. Así, en efecto, no basta para el éxito de la pretensión actora con la cancelación de los posibles antecedentes penales o policiales, pues, como vimos más arriba, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta es conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles según el estándar medio a que alude la doctrina del Tribunal Supremo, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, siendo así que en el caso puede afirmarse de lo actuado que la línea de conducta del demandante responde –en lo que ahora interesa– al patrón del ciudadano medio, salvo en lo atinente al antecedente que consideró el acto impugnado como impedimento para la concesión de la nacionalidad. En relación con el meritado antecedente es de observar que el 17 de septiembre de 2003 se dictó auto acordando el sobreseimiento provisional y archivo de la causa penal de conformidad con el artículo 641.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa»), de tal manera que la detención sufrida el 21 de julio de 2003 y la subsiguiente apertura del correspondiente procedimiento penal no pueden considerarse como tachas que empañen la imagen del comportamiento cívico del demandante a los efectos de negar la concurrencia del requisito de la buena conducta cívica, de donde que claudique el fundamento de la resolución recurrida, que ha de ser anulada al no aparecer conforme a Derecho el motivo en que se basó para denegar la solicitud de nacionalidad origen de la litis, determinando todo ello la estimación del actual recurso.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 27 de noviembre de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 170/2006.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Denegación de nacionalidad. Matrimonio: falta de residencia legal.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se deniega la nacionalidad española por no haber cumplido el plazo de residencia legalmente previsto. No ha quedado acreditada suficientemente la convivencia del recurrente con su esposa durante el año inmediatamente anterior a la petición de la nacionalidad.

“1) Con fecha 23 de julio de 2003, el recurrente, nacional de Marruecos, solicitó la nacionalidad española por residencia.

2) Tramitado el correspondiente expediente administrativo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, por delegación del Ministro de Justicia, dictó resolución con fecha 12 de diciembre de 2005 desestimando la solicitud del recurrente.

Según la indicada resolución, el recurrente no llevaba los 10 años de residencia legal en España exigidos por el artículo 22 del Código Civil, sin que, en atención a la documentación obrante en el expediente administrativo pudiera serle de aplicación el plazo abreviado de un año indicado en el apartado 2.d) de dicho artículo, al no haber quedado suficientemente acreditada la convivencia del matrimonio del recurrente durante el año inmediatamente anterior a la solicitud de nacionalidad; además, en los certificados de empadronamiento aportados por el recurrente en el trámite de audiencia se constataba que residía en el mismo domicilio, pero en distinto número de calle, que su cónyuge; y a mayor abundamiento, el recurrente se había dado de alta en el padrón municipal el día 6 de julio de 2001 y de baja el día 11 de agosto de 2004, sin comunicar su nuevo domicilio aunque estaba obligado a hacerlo, y su cónyuge se había dado de alta en el padrón el día 13 de mayo de 2004, sin constar fecha de baja.

Nacionalidad

3) Contra la expresada resolución se interpone el presente recurso contencioso administrativo

(...).

En el supuesto enjuiciado, el recurrente solicitó la nacionalidad española al amparo del plazo privilegiado de residencia de un año, por encontrarse casado con una ciudadana española, y la Administración ha denegado la solicitud por considerar no acreditada suficientemente la convivencia del recurrente con su esposa durante el año inmediatamente anterior a la petición de nacionalidad.

Pues bien, de la documentación obrante en el expediente administrativo se desprende que en la inscripción del matrimonio del recurrente, extendida el 17 de octubre de 2000, figuraba como domicilio de ambos contrayentes la vivienda ubicaba en la Calle (...), de Bilbao.

Sin embargo, con fecha 6 de julio de 2001, es decir, pocos meses después de la referida inscripción, el recurrente se dio de alta en el padrón municipal de Bilbao en la vivienda sita en el número (...) de Bilbao, no empadronarse en la misma dirección de su esposa. Además, con fecha 11 de agosto de 2004, el recurrente se dio de baja del padrón municipal en dicha vivienda, sin hacer constar su nuevo domicilio (...).

Por el contrario, la esposa del recurrente aparece empadronada, junto con sus hijos, en la Calle (...), de Bilbao, desde el 13 de mayo de 2004, no constando fecha de baja en el referido empadronamiento.

Consecuentemente, de las inscripciones del padrón municipal de Bilbao se desprende que, al menos desde el 6 de julio de 2001, el recurrente y su esposa no conviven juntos, y que dicha falta de convivencia se extendió durante todo el año inmediatamente anterior a la solicitud de nacionalidad del recurrente.

Es cierto que obra en el expediente administrativo una certificación de la Policía Local de Bilbao ex-

pedida el 2 de noviembre de 2005, donde se hace constar que, de las gestiones realizadas por los Agentes de la Policía Municipal, podía deducirse que el recurrente y su esposa convivían «en la actualidad» en el domicilio de la Calle (...) de Bilbao, pero la referida certificación, ni acredita la estabilidad en la convivencia del matrimonio, ni puede acreditar, en ningún caso, la referida convivencia durante el año anterior a la solicitud de nacionalidad del recurrente.

Consecuentemente, recayendo sobre el peticionario la acreditación de los presupuestos exigidos para la adquisición de la nacionalidad española, y resultando de los documentos incorporados al expediente administrativo que el recurrente no convivió con su esposa durante el año inmediatamente anterior a la solicitud de nacionalidad, no pudiendo beneficiarse por ello del plazo reducido de residencia de un año del artículo 22.2.d) del Código Civil, y no habiendo completado el recurrente el plazo general de residencia de 10 años, procede la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución recurrida.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 27 de noviembre de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 144/2006.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Denegación de nacionalidad. Violencia doméstica.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la concesión de la nacionalidad porque no justificó buena conducta cívica al haber sido condenado por un delito de maltrato en el ámbito familiar.

“La solicitud de nacionalidad se presentó el 4 de diciembre de 2003, habiendo informado favorablemente en su tramitación el Ministerio Fiscal y el Juez Encargado del Registro, si bien es de reseñar que tales informes son anteriores a la sentencia penal a que nos referiremos a continuación.

Nacionalidad

La sentencia núm. 275/2004, de 21 de junio, del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Madrid condenó al hoy demandante como autor responsable de un delito de maltrato en el ámbito familiar del artículo 153 del Código Penal en razón a los siguientes hechos que constan en el *factum* de la misma, que reza así: «Ha resultado probado y así se declara que sobre las 22 horas del día 5 de junio de 2004 el acusado Imanol, natural de Ecuador, con documento extranjero núm. 2293975, mayor de edad y sin antecedentes penales, cuando se encontraba en el domicilio que convive con su pareja Dolores, sito en la c/ [...] (...) de Madrid, entabló una discusión verbal con ella en el curso de la cual la empujó, la golpeó en el brazo derecho y en la cara, tirándola al suelo, donde continuó propinándole patadas en las piernas, causándoles lesiones consistentes en hematoma en cara interna de brazo derecho, con herida incisa en semiluna, hematoma en cara dorsal de antebrazo derecho, con herida lineal incisocontusa, hematoma en helix de pabellón auricular izquierdo y en región retroauricular izquierda, hematomas en piernas que precisaron una primera asistencia facultativa, consistente en cura local y de las que estuvo 3 días impedida para sus ocupaciones y tardará 10 días en curar». El auto de 1 de septiembre de 2005 declaró la firmeza de la meritada sentencia desde el día 22 de noviembre de 2004 al no haberse interpuesto contra la misma recurso alguno.

La resolución puesta en tela de juicio tuvo en cuenta la antedatada sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Madrid para denegar la concesión de la nacionalidad al considerar no suficientemente acreditado el requisito de la buena conducta cívica.

La parte actora alude en su demanda a las circunstancias que concurren en el caso y subraya el dato de que en la fecha en que presentó la solicitud no se habían producido los hechos que fundan la denegación combatida, terminando con la súplica de la concesión de la nacionalidad, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en autos.

(...) para el éxito de la pretensión actora con la cancelación de los posibles antecedentes penales o policiales, pues, como vimos más arriba, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta es conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles según el estándar medio a que alude la doctrina del Tribunal Supremo, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, siendo así que en el caso que nos ocupa los hechos declarados probados en la referida sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Madrid son incompatibles con las exigencias del requisito legal de la buena conducta cívica, debiendo tenerse en cuenta, además, la relativa cercanía en el tiempo de tales hechos y de meritada sentencia con la data en que se produce la petición de la concesión de la nacionalidad española, sin que resulte trascendente el dato de que los hechos penales y la sentencia condenatoria de referencia sean de fecha posterior a la presentación de la solicitud en vía administrativa ya que a la hora de valorar el requisito de la buena conducta cívica ha de tomarse en consideración, cual vimos más arriba, la trayectoria personal del interesado durante el tiempo de residencia en España y aun antes, sin que pueda ignorarse la conducta de aquel durante la sustanciación del expediente administrativo ya que se trata de un requisito sustantivo que no se compadece con la solución formal, propugnada en la demanda, de situar en la presentación de la solicitud el hito temporal que cierra el ciclo vital a examinar en orden a la ponderación del requisito de la buena conducta cívica, de donde que, en suma, se imponga la desestimación del actual recurso.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 28 de noviembre de 2007.

Nacionalidad

Recurso Contencioso-Administrativo: 267/2006.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Concesión de nacionalidad: hechos delictivos.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le deniega la nacionalidad al no haber justificado suficientemente buena conducta cívica. No cabe afirmar que la implicación del recurrente en actuaciones penales constituya un hecho único dentro de una amplia permanencia en nuestro país ya que el interesado tiene establecida su familia en España y acredita una dilatada vida laboral.

“En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 13 de noviembre de 2003, siendo el recurrente de Ecuador.

El expediente refleja que el recurrente fue detenido en Málaga por hechos que dieron lugar a las D. Previas (...) del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de los de Madrid en las que con fecha 18 de octubre de 2004 recayó auto de sobreseimiento provisional al no haber motivos suficientes para atribuir la perpetración de los hechos delictivos –falsificación de moneda– a persona alguna determinada.

Por tanto, el recurrente se vio incurso en una causa penal por delito por hechos próximos en el tiempo a su solicitud de nacionalidad, causa que estaba abierta en el momento de la solicitud en la que además no se hacía mención alguna a esta circunstancia (de hecho se afirmaba no estar procesado) y ello se produce en el marco de una residencia legal previa ajustada al mínimo exigido legalmente (el recurrente goza de permiso de residencia y trabajo desde 5 de julio de 2001) por lo que no podemos hablar de que la implicación del recurrente en actuaciones penales constituya un hecho único dentro de una amplia y previa permanencia en nuestro país.

Pero dicho lo anterior tampoco se puede obviar que estos hechos no se han visto confirmados en su relevancia penal y que el recurrente tiene establecida su familia en España (está casado con española na-

cionalizada con la que tiene un hija menor de edad), constando una dilatada vida laboral que permite concluir que desde que inicia su residencia legal ha estado trabajando, por cuenta ajena, de forma mantenida y regularizada.

Por todo ello, desvirtuado el único motivo de denegación invocado por la Administración en la resolución impugnada, procede estimar el recurso.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 28 de noviembre de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 359/2006.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Concesión de nacionalidad: buena conducta e integración.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente quien cuenta con residencia legal, continua e inmediata a su solicitud; conoce perfectamente el idioma, instituciones, cultura y costumbres españolas; todo ello, justifica la existencia del requisito de buena conducta cívica necesario para la concesión de la nacionalidad española solicitada.

“En el presente caso, según se desprende del expediente, la Administración reconoce que la recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente buena conducta cívica.

(...).

Por lo expuesto es preciso valorar la trayectoria personal del solicitante en su conjunto (v. gr. contenido del comportamiento que se reputa de incívico, afectación a los valores sociales y convivenciales, habitualidad y mantenimiento en el tiempo, distancia temporal con la solicitud, elementos positivos que pudieran contrarrestar los aspectos negativos etc.) sobre la base de un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por

Nacionalidad

cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno.

En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del de abril de 2003, siendo la recurrente nacional de Marruecos.

El expediente refleja que Eva, nacida en Tetuán (Marruecos) en 1947 y con núm. de pasaporte (...) aparece incura, como inculpada, en el (...) del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Ceuta, procedimiento en el que se acordó su averiguación de domicilio, busca y personación el 9 de septiembre de 1999 y su ausencia determinó la prescripción de la falta, declarándose la misma por auto de 8 de junio de 2005.

La aquí recurrente se llama también Eva y aparece nacida en 1948 en Ait Said Oulmes, con carta de identidad marroquí (...), pasaporte marroquí (...) y NIE (...).

Por ello ha de partirse de que a fecha de la solicitud se carecían de antecedentes penales y policiales y de que no se puede afirmar que la recurrente aparezca vinculada con los hechos con trascendencia penal a los que la Administración anuda, como motivo único, la falta de buena conducta cívica. Además contamos con la residencia legal, continuada e inmediata a la solicitud durante un amplio lapso temporal (la recurrente goza de residencia continuada sobre la base de permiso de residencia y trabajo desde 12 de septiembre de 1991), con la integración sobre la base de que se conoce el idioma, instituciones, cultura y costumbres españolas, con la realización de actividades retribuidas por cuenta ajena y con el informe del CNI de que no constan antecedentes desfavorables relativos a la actora.

Por todo ello y teniendo en cuenta la prueba de las circunstancias de base con la que la recurrente pretende justificar su recurso la demanda ha de estimarse."

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 28 de noviembre de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 409/2006.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Denegación de nacionalidad: tarjeta de familiar de residente comunitario. Divorcio: falta de residencia.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la solicitud de concesión de la nacionalidad española. Su permiso de residencia, derivado de la concesión de la tarjeta de familiar de residente comunitario, se extinguió cuando se divorció, sin que solicitara de nuevo un permiso de residencia propio, con lo que se denegó su solicitud de nacionalidad al faltar el requisito de dos años de residencia legal y continua.

"(...) ha de entenderse que el recurrente, nacional de Cuba, según los datos que figuran en el expediente administrativo y no son discutidos, no cumple con el requisito de dos años de residencia legal, continuada e inmediata a la solicitud, ya que la misma quedó interrumpida durante los dos años inmediatamente anteriores a su petición, solicitud que es de fecha 22 de abril de 2004 al ser la sentencia de divorcio de 5 de febrero de 2003.

Si bien es cierto que inició su residencia legal en España el 7 de diciembre de 2000, sobre la base de que había contraído matrimonio con española el 29 de diciembre de 1999, solicitando una tarjeta de familiar de residente comunitario que le fue concedida y que extendía su validez hasta el 18 de abril de 2006, siendo su concesión anterior a la sentencia de divorcio (5 de febrero de 2003). La sentencia de divorcio hace constar que los cónyuges se separaron de hecho en junio de 2000, fecha anterior a la de la solicitud de la TFRC.

Es por ello que de inicio no se debió solicitar la TFRC y solicitada se debió comunicar el hecho de la separación de hecho y subsiguiente divorcio de su cónyuge español y obtener el permiso de residencia que correspondiera a su nueva situación, sin que la mera tolerancia de la Administración en la no aplicación

Nacionalidad

de las sanciones previstas normativamente suponga reconocer un derecho a ostentar un tipo de permiso de residencia específico, que desaparece cuando no subsiste la causa que motivó su concesión.

(...).

En resumen en el caso de autos, el permiso de residencia que amparaba al recurrente desde la concesión de la TFRC, se extinguió por razón del divorcio judicial (sentencia de 5 de febrero de 2003) sin que el recurrente solicitara un permiso de residencia propio, con lo que en este caso no contamos con dos años de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud de fecha 22 de abril de 2004 y sin perjuicio de los avatares por los que posteriormente haya podido discurrir la residencia legal del recurrente sobre la base del matrimonio contraído con española en septiembre de 2006 y que le ha permitido solicitar nueva TFRC. Las solicitudes recurridas (mediata e inmediata, esta última en reposición) han de ser examinadas a la luz del momento temporal de la solicitud que da lugar a las mismas y por ende a la luz de la residencia previa a tal solicitud.

Por todo ello la demanda ha de desestimarse sin prejuzgar el derecho del recurrente en relación con una ulterior solicitud que pudiera instarse con base a una residencia legal que posteriormente pudiera haber establecido.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 29 de noviembre de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 63/2006.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Denegación de nacionalidad: conducción bajo los efectos del alcohol.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al no haber justificado suficientemente buena conducta cívica por haber sido

condenado penalmente por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

“El presente recurso se impugna la resolución del Ministerio de Justicia, DGRN, de 6 de junio de 2005 por la que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente al no haber justificado suficientemente buena conducta cívica por haber sido condenado penalmente, por sentencia de 30 de octubre de 2003, por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión que tanto su esposa como sus cuatro hijos han adquirido la nacionalidad española, convive con ellos en una vivienda de su propiedad, reside en España con permiso de trabajo y residencia desde el 14 de abril de 2000 y trabaja desde el 1 de junio de 2001 cumpliendo con sus obligaciones tanto fiscales como con la Seguridad Social. También aduce que se encuentra adaptado a la cultura y modo de vida de la sociedad española y que si bien es cierto que fue condenado penalmente por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas cumplió con la privación del permiso de conducir, pago la multa y, por lo tanto, la pena ha quedado extinguida y la causa archivada.

(...).

Y con relación a la citada cuestión consideramos que si bien concurren algunos datos indicativos de la integración del recurrente en la sociedad española, como son el período de residencia en España y la nacionalidad española de su esposa e hijos así como el hecho de trabajar y cumplir con sus obligaciones fiscales. Existen datos que permiten afirmar que la conducta desplegada por el recurrente durante su estancia en España y especialmente en los meses anteriores a su solicitud de nacionalidad no puede ser calificada de «buena conducta cívica».

A tal efecto, consta que fue condenado penalmente por sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 8 de

Nacionalidad

Palma de Mallorca de 28 de octubre de 2003 por un delito contra la seguridad del tráfico por unos hechos ocurridos el 25 de octubre de 2003, de modo que se trata de hechos muy cercanos en el tiempo al momento de su solicitud de nacionalidad instada el 21 de enero de 2004. Sentencia que si bien no ha sido aportada a las actuaciones consta la certificación del Juzgado del Penal núm. 8 y de la certificación del Registro Central de Penados en las que figura que fue condenado a 8 meses de privación del permiso de conducir y a 4 meses de días/multa por importe de 240 pts., habiendo cumplido el tiempo de privación y satisfecho el importe de la multa.

(...).

El hecho de que la pena haya sido cumplida no impide que tal conducta pueda ser valorada para apreciar conceder o denegar la nacionalidad española, en cuanto no se trata de la imposición de una sanción, siendo relevante también que el recurrente ocultó estos hechos en su solicitud (STS de 24 de mayo de 2004) y que la conducta se produjese unos meses antes de solicitar la nacionalidad española en el curso de una estancia legal en España que se remontaba tan solo a cuatro años antes.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la carga de probar su buena conducta cívica corresponde al solicitante (artículo 22.4 CC) y dado que, según la jurisprudencia de nuestra Sala, el reconocimiento de la nacionalidad comprende aspectos que trascienden el orden penal, en razón al plus que confiere su otorgamiento, se entenderá porqué, en el caso que nos ocupa, procede denegar la solicitud de concesión de la nacionalidad española en atención a la conducta personal desplegada por el recurrente unos meses antes de solicitar la nacionalidad española, que llevan al convencimiento de que no cumple ese requisito –verdaderamente determinante– de la «buena conducta cívica» que exige el artículo 22.4 del Código civil, cuyo sentido hemos precisado,

una vez más, en esta sentencia nuestra (STS, Sala Tercera, de 9 de febrero de 2004).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 3 de diciembre de 2007.

Recurso de Casación: 3382/2004.

Ponente: Doña Margarita Robles Fernández.

Voz: Concesión de nacionalidad: buena conducta cívica.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la resolución por la que se denegó la concesión de la nacionalidad española. La condena que pesa sobre el interesado por un juicio de faltas por hechos ocurridos hace más de ocho años referentes a insultos y a amenazas leves a agentes de la autoridad y por una falta de lesiones no son suficientes para desvirtuar el requisito de la buena conducta cívica.

“Por el Abogado del Estado se interpone recurso de casación contra Sentencia dictada el 3 de febrero de 2004 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en la que se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Luis Alberto contra Resoluciones del Ministerio de Justicia de 8 de enero y 5 de septiembre de 2002 denegándole la concesión de la nacionalidad española, al entender que no concurría el presupuesto de la buena conducta cívica.

La Sala de instancia, por el contrario, aprecia la concurrencia del requisito de buena conducta cívica, argumentando:

«En el presente caso, el propio recurrente ha reconocido la existencia de los hechos, de los que la Administración deduce la ausencia del requisito cuestionado, pero alega que su antigüedad, y su actual comportamiento, impide que tales hechos puedan tener los efectos que les atribuye la resolución administrativa.

Nacionalidad

La base de la denegación consiste, pues, en la existencia de una antigua condena penal por faltas, por unos hechos que ocurrieron el 15 de enero de 1990, la responsabilidad de los cuales se encuentra definitivamente extinguida desde hace varios años.

(...).

D. Luis Alberto solicita el 28 de octubre de 1998 la nacionalidad española, habiendo emitido el juez encargado del Registro Civil informe favorable a su concesión en el expediente tramitado. Ante tal circunstancia el Abogado del Estado para desvirtuar la buena conducta cívica del actor en la instancia, alega una condena en juicio de faltas por hechos ocurridos más de ocho años antes referentes a insultos y a amenazas leves a Agentes de la Autoridad y por una falta de lesiones.

Sin embargo, como bien dice la Sentencia de instancia unos hechos ocurridos más de ocho años antes de la solicitud de la nacionalidad que por su entidad fueron reputados únicamente como falta, no son suficientes para desvirtuar todas esas circunstancias relatadas y tenidas en cuenta por el Tribunal *a quo* y que son claramente evidenciadoras de una buena conducta cívica que ni siquiera es cuestionada por aquellos organismos encargados de velar por la seguridad del Estado.

Por todas estas razones, no apreciándose vulneración de los preceptos que se citan en el motivo de recurso, al quedar acreditada la concurrencia del requisito de la buena conducta cívica, aquél debe ser desestimado.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 4 de diciembre de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 100/2005.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Concesión de nacionalidad: integración en la sociedad española.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se denegó la nacionalidad española por su falta de integración en la sociedad española.

“Como hemos expresado en los antecedentes de hecho de esta misma sentencia, la resolución recurrida deniega la nacionalidad española a la recurrente porque no justifica suficiente grado de integración en nuestra sociedad, ya que de los datos obrantes en el expediente administrativo se comprueba «no conocer suficientemente el idioma español».

Pues bien, con relación a la integración en la sociedad española de los peticionarios de nacionalidad hemos puesto de manifiesto, entre otras muchas, en nuestras sentencias de 11 de octubre de 2005 y 28 de julio de 2006, que la nacionalidad española concede un status y unos derechos superiores a los derivados de la mera residencia legal en España y por ello se establece en nuestro ordenamiento la exigencia de un grado de adaptación superior para los peticionarios de nacionalidad que el exigible a los extranjeros residentes, en cuanto aquellos pretenden su total equiparación, política y jurídica, a los ciudadanos españoles, lo que sería incongruente con una residencia que, al margen de su duración, se desarrollase con desconocimiento de la forma de vida, costumbres y valores que conforman nuestra sociedad.

Consecuentemente, la mera residencia en España durante un largo período de tiempo tan solo justifica el cumplimiento de uno de los requisitos legalmente exigidos para acceder a la nacionalidad española –residencia legal y continuada– pero resulta, por sí misma, insuficiente si no va acompañada de una integración real y efectiva en las costumbres y la forma de vida españolas.

La integración social, a los efectos de la adquisición de la nacionalidad española, implica la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen su reflejo

Nacionalidad

constitucional, su grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como su arraigo familiar, todo lo cual ha de justificarse por el interesado, o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente administrativo.

Uno de los elementos más relevante para evaluar la integración en la sociedad española de los solicitantes de nacionalidad es el conocimiento de nuestro idioma, ya que el conocimiento y utilización del español constituye un medio fundamental de comunicación e integración social, revelador del intento de adaptación a nuestra sociedad, además de una obligación para todos los españoles de conformidad con el artículo 3.1 de nuestra Constitución.

Partiendo de lo expresado en el fundamento jurídico anterior, deberemos examinar ahora si la recurrente ha acreditado un grado de conocimiento de nuestro idioma suficiente para considerarla integrada en la sociedad española.

Y nosotros consideramos que sí ha acreditado dicho conocimiento.

En efecto, en el expediente de nacionalidad tramitado en el Registro Civil de Ceuta obra una comparecencia celebrada ante el Juez Encargado, fechada el día 5 de octubre de 2001, donde la recurrente contestó correctamente a prácticamente todas las preguntas que se le formularon, concluyendo el Juez Encargado que la recurrente hablaba y comprendía «el castellano medianamente bien», aunque lo leía y escribía «con muchísima dificultad». Ello no obstante, el mismo Juez dirigió propuesta al Ministerio de Justicia de denegación de la nacionalidad española a la recurrente por auto de fecha 2 de julio de 2002, acogiendo el criterio expresado previamente por el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 1 de julio de 2002.

Ahora bien, considerando esta Sala que de la comparecencia ante el Juez Encargado del Registro Civil de Ceuta no podía concluirse que la recurrente tu-

viera un conocimiento de nuestro idioma insuficiente a los efectos de su integración en la sociedad española, acordó como diligencia final su reconocimiento judicial, reconocimiento donde la recurrente contestó de manera clara, concisa y coherente a todas las preguntas que se le formularon sobre su familia, su trabajo y la utilización de nuestro idioma, poniéndose de manifiesto que dominaba perfectamente el español.

Las expresadas consideraciones nos llevan a la convicción de que la recurrente se encuentra suficientemente integrada en la sociedad española a los efectos de la obtención de nuestra nacionalidad.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 11 de diciembre de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 88/2006.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Concesión de nacionalidad: alzamiento de bienes.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se denegó la concesión de la nacionalidad española. Las diligencias penales seguidas contra ella lo fueron por un presunto delito de alzamiento de bienes sin que pueda deducirse una conexión de la recurrente con los hechos que lo motivaron sino más bien que éstos fueron consecuencia de una confusión de identidades derivada de la utilización fraudulenta de los datos de su tarjeta de crédito.

“En el escrito de demanda se sostienen, en síntesis, los siguientes argumentos frente a la resolución recurrida:

1) La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre de 2005 no respondió a todos los argumentos expuestos por la recurrente, ni valoró las pruebas que presentó referidas a su conducta cívica.

2) Como pone de manifiesto la resolución recurrida, la recurrente fue denunciada en el año 2000

Nacionalidad

I

por una falta de escándalo, insultos y amenazas, pero dicho procedimiento judicial terminó con sentencia absolutoria. El referido proceso se debió a diferencias de la recurrente con una vecina, presupuesto que no puede determinar su mala conducta cívica, sobre todo teniendo en cuenta que la recurrente, más que acusada o denunciada, fue una víctima del proceso.

3) La resolución recurrida pone de manifiesto también que la recurrente tuvo una averiguación de paradero del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Quart de Poblet con fecha 6 de febrero de 2001 por alzamiento de bienes, pero consta en el propio expediente administrativo informe del Comisario Jefe de la Policía de Quart de Poblet, del que resulta que la referidas diligencias penales fueron archivadas con fecha 17 de mayo de 2002, no siendo imputables a la recurrente los hechos perseguidos.

4) Como es sabido, la existencia de antecedentes policiales y penales, con independencia de su cancelación, no puede constituir por sí mismo un obstáculo para la concesión de la nacionalidad española si queda suficientemente acreditado por las demás pruebas practicadas que el solicitante observa una buena conducta cívica, como sucede en el supuesto enjuiciado.

5) La buena conducta cívica de la recurrente ha quedado acreditada, no sólo por el resultado absoluto y el archivo de las actuaciones penales seguidas contra la misma, sino por los testimonios de un buen número de vecinos que afirman conocerla y valorarla como buena vecina, y por un informe de vida laboral que demuestra su continuada actividad laboral y profesional, junto con la de su marido, trabajadores ambos perfectamente integrados en nuestro país.

Por todo ello, la demanda concluye con la súplica de que se dicte sentencia anulando la resolución impugnada y reconociendo el derecho de la recurrente a la adquisición de la nacionalidad española,

con expresa condena en costas a la Administración demandada.

(...).

En efecto, es cierto que la recurrente fue denunciada por amenazas e injurias a una vecina, denuncia que llevó consigo la incoación y tramitación del juicio de faltas número 294/2000, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Sagunto, pero las referidas diligencias penales concluyeron con sentencia absolutoria fechada el 24 de noviembre de 2000; y según los hechos probados de la indicada sentencia absolutoria, el juicio de faltas al que nos venimos refiriendo tuvo su origen en un mero intercambio de palabras por las malas relaciones de vecindad entre la recurrente y la denunciante.

En cuanto a las diligencias penales seguidas contra la recurrente por un presunto delito de alzamiento de bienes ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Quart de Poblet, del testimonio de las referidas actuaciones unido a este procedimiento judicial parece deducirse la absoluta desconexión de la recurrente de los hechos que motivaron las tan citadas diligencias penales, seguidas contra la recurrente, según parece, por una confusión de identidades o la utilización fraudulenta de los datos de su tarjeta de crédito.

Por otro lado, al margen de los procedimientos penales seguidos contra la recurrente, de los que no puede inferirse, en cualquier caso, su mala conducta cívica, en el supuesto enjuiciado concurren otros elementos positivos que indican la integración de la recurrente en la sociedad española y el mantenimiento de una conducta cívica acorde con el estándar medio de nuestra sociedad.

En efecto, según la documentación incorporada al expediente administrativo la recurrente viene residiendo legalmente en España desde el año 1991; se encuentra casada y tiene tres hijos; no tiene ante-

Nacionalidad

cedentes penales en su país de origen ni en España; presenta un amplio historial laboral, habiendo cotizado durante más de 1.400 días a la Seguridad Social; y sus vecinos la consideran «buena vecina» y «perfectamente integrada en la vida del barrio, sin que nunca haya dado ningún problema», «desplegando ... una excelente conducta cívica» (véanse las declaraciones unidas al expediente administrativo).

Además, según el informe de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Segunto, incorporado a estas actuaciones judiciales en fase probatoria, la recurrente «no ha presentado problemas de conducta cívica ni de integración, no constando en los documentos de Servicios Sociales ningún tipo de queja referente a su convivencia en el barrio», siendo su actitud ante los Servicios Sociales «de colaboración y participación ante las medidas planteadas».

Finalmente, tanto el Ministerio Fiscal como el Juez Encargado del Registro Civil informaron favorablemente la concesión de la nacionalidad española a la recurrente.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 12 de diciembre de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 459/2006.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Concesión de nacionalidad: buena conducta cívica.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la concesión de la nacionalidad española por no haber acreditado suficientemente buena conducta cívica. El recurrente está casado con una española, tiene un hijo menor de edad, presenta contrato de trabajo y un informe de vida laboral con una actividad prácticamente continuada desde el año 2000.

“En lo que atañe a la dificultad de precisar lo que deba entenderse por buena conducta cívica el TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección

6.^a), en su sentencia de 12 de noviembre de 2002 (Recurso de Casación núm. 4857/1998) señala que: «Y por eso importa dejar claro que este sintagma que emplea el artículo 22.4 del Código Civil remite a un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo. Un estándar que vale para todos y vale para cada uno. En el bien entendido que no se trata de imponer un modo de vida uniforme en la comunidad nacional, ni de que quien utiliza esta vía de adquisición de la nacionalidad tenga que demostrar que durante toda su vida haya observado una conducta intachable, sino de proclamar que, siendo cada sujeto humano libre para organizar su vida como le plazca —la vida se nos da, pero no se nos da hecha: tenemos que hacérsola—, quienes, no siendo españoles, deseen obtener la nacionalidad española, han de haber llevado y seguir llevando una vida ajustada a ese estándar medio de conducta al que acabamos de referirnos».

Por lo expuesto es preciso valorar la trayectoria personal del solicitante en su conjunto (v. gr. contenido del comportamiento que se reputa de incívico, afectación a los valores sociales y convivenciales, habitualidad y mantenimiento en el tiempo, distancia temporal con la solicitud, elementos positivos que pudieran contrarrestar los aspectos negativos etc.) sobre la base de un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno.

En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 24 de julio de 2003, siendo el recurrente nacional de Argentina.

El expediente refleja que el recurrente fue detenido en Barcelona por hechos que dieron lugar a las D. Previas 253/2002 del Juzgado 1 de Instrucción núm. 15 de los de Barcelona en las que con fecha 2 de abril de 2004 recayó auto de sobreseimiento provisional al no aparecer debidamente justificada la perpetra-

Nacionalidad

ción del hecho punible que había dado lugar a la formación de la causa –delito de lesiones– denunciado por un tercero el 4 de septiembre de 1998.

Aunque el sobreseimiento es provisional que no definitivo, no se puede obviar que el mismo lo fue por el artículo 641.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa»). Se trata, además, de hechos alejados en el tiempo con relación a su solicitud de nacionalidad (hechos de 1998, solicitud de 2003), que se manifiestan como únicos en la permanencia en España del recurrente que fue iniciada en 1991. Tanto el Juez Encargado del Registro Civil como el Ministerio Fiscal informan favorablemente, está casado con española, tiene un hijo menor de edad, presenta contrato de trabajo y un informe de vida laboral con una actividad prácticamente continuada desde el año 2000 (pese a su permanencia previa no obtuvo residencia legal hasta 24 de mayo de 2000) y aporta diplomas de formación en materia de seguridad privada.

Por todo ello, ha de considerarse desvirtuado el único motivo de denegación invocado por la Administración en la resolución impugnada, procediendo estimar el recurso y, anular dicha resolución por ser disconforme al ordenamiento jurídico.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 16 de enero de 2008.

Recurso Contencioso-Administrativo: 497/2006.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Denegación de nacionalidad: orden de alejamiento.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se deniega la concesión de la nacionalidad española por residencia. La condena del recurrente por un delito de quebrantamiento de un orden de alejamiento pone de relieve la falta del requisito de la buena conducta cívica necesario para el otorgamiento de la nacionalidad.

“En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 22 de octubre de 2003, siendo el recurrente nacional de la República Democrática del Congo.

El expediente refleja que el recurrente fue condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cáceres el 20 de diciembre de 2003, sentencia confirmada en apelación por la Audiencia Provincial el 1 de abril de 2004, por un delito de quebrantamiento de medida (quebrantamiento de una orden de alejamiento), archivándose definitivamente la causa el 14 de marzo de 2005 por ejecución total.

Además, está la denuncia por agresión sexual y malos tratos formulada el 5 de noviembre de 2001 por la que era su pareja, que fue la que originó la orden de alejamiento quebrantada, y por la que se siguieron diligencias penales en el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Alcorcón que concluyeron con auto de sobreseimiento provisional de 18 de septiembre de 2002, resolución que acordaba el archivo y levantaba la medida de alejamiento.

Por tanto, al margen del sobreseimiento provisional de la denuncia de agresión sexual y malos tratos, sobreseimiento por el artículo 641.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa») no se puede obviar la condena en firme por hechos con trascendencia penal, cuya consideración en abstracto es la de delito, y que son coetáneos en el tiempo a su solicitud de nacionalidad. De ahí que no pueda concluirse, sin más, que su devenir conductual se ajusta al estándar medio del que venimos hablando, ya que estamos ante una residencia legal previa no dilatada (el recurrente goza de residencia legal desde el 23 de abril de 1998 por asilo) que aparece salpicada de avatares penales.

Por todo ello, ha de considerarse desvirtuado el único motivo de denegación invocado por la Administración en la resolución impugnada, proce-

Régimen comunitario

diendo estimar el recurso y, anular dicha resolución por ser disconforme al ordenamiento jurídico.”

RÉGIMEN COMUNITARIO

Fecha: 26 de febrero de 2008.

Cuestión Prejudicial: C-506/06.

Ponente: Sr. Caoimh.

Voz: Trabajadora embarazada: fecundación *in vitro*. Despido.

Resumen: Según la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, no se considera despido el que afecta a una trabajadora sometida a una fecundación *in vitro* cuando, en el momento de la notificación de la resolución de su contrato, si bien la fecundación ya ha tenido lugar, los óvulos aún no han sido transferidos a su útero.

“La Sra. Mayr trabajaba como camarera para Flöckner desde el 3 de enero de 2005.

Como parte de una tentativa de fecundación *in vitro* y después de un tratamiento hormonal de aproximadamente un mes y medio de duración, se le practicó a la Sra. Mayr una punción folicular el 8 de marzo de 2005. La Sra. Mayr estuvo de baja entre el 8 y el 13 de marzo de 2005 por prescripción de su médico de cabecera.

El 10 de marzo de 2005, en una conversación telefónica, Flöckner comunicó a la Sra. Mayr que quedaba despedida con efectos a 26 de marzo de 2005.

Mediante escrito del mismo día, la Sra. Mayr informó a Flöckner de que, en el marco de un tratamiento de fecundación artificial, la transferencia de los óvulos fecundados a su útero estaba programada para el 13 de marzo de 2005.

Según la resolución de remisión, consta que, en la fecha de comunicación del despido de la Sra. Mayr, es decir, el 10 de marzo de 2005, los óvulos extraídos de ésta ya habían sido fecundados por los espermatozoides de su pareja y, por tanto, ya existían, en esa misma fecha, óvulos fecundados *in vitro*.

El 13 de marzo de 2003, es decir, tres días después de que se informase a la Sra. Mayr de su despido, se transfirieron al útero de la Sra. Mayr dos óvulos fecundados.

Esta última reclamó a Flöckner el pago de su salario y de la parte proporcional de su retribución anual, alegando que el despido anunciado el 10 de marzo de 2005 era jurídicamente nulo, debido a que, desde el 8 de marzo de 2005, fecha en la que se efectuó la fecundación *in vitro* de sus óvulos, estaba amparada por la protección contra el despido prevista en el artículo 10, apartado 1, de la MSchG.

Flöckner rechazó esta reclamación por considerar que en el momento de la notificación del despido aún no había embarazo.

El Landesgericht Salzburg, que conoció del asunto en primera instancia, estimó la demanda de la Sra. Mayr, aduciendo que, según la jurisprudencia del Oberster Gerichtshof, la protección contra el despido prevista en el artículo 10 de la MSchF comienza con la fecundación del óvulo. A su juicio, según esta jurisprudencia, dicha fecundación se considera el punto de partida del embarazo. Por consiguiente, el Landesgericht Salzburg consideró que lo mismo debe aplicarse en el caso de una fecundación *in vitro*, y que, si la transferencia del óvulo fecundado fracasa, se pierde de todos modos la protección frente al despido.

Sin embargo, el Oberlandesgericht Linz, tribunal de apelación en materia laboral y social, anuló la sentencia del Landesgericht Salzburg y desestimó la demanda de la Sra. Mayr, por considerar que, independientemente de la cuestión de determinar a

Régimen comunitario

partir de qué momento del embarazo se producen realmente cambios hormonales, la gestación no puede considerarse fuera del cuerpo de la mujer y, por consiguiente, en el caso de una fecundación *in vitro*, el embarazo sólo comienza con la transferencia del óvulo fecundado al cuerpo de la mujer. Únicamente a partir de esa transferencia comienza la protección de la mujer embarazada contra la resolución del contrato de trabajo.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), y, en particular, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas establecida en el artículo 10, punto 1, de esta Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una trabajadora sometida a una fecundación *in vitro* cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados *in vitro*, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de la mujer.

Los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se oponen al despido de una trabajadora que, en circunstancias como las del asunto principal, se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación *in vitro*, es decir, entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos

fecundados *in vitro* al útero de dicha trabajadora, en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 1 de abril de 2008.

Cuestión Prejudicial: C-212/06.

Ponente: Sr. Tizzano.

Voz: Seguro de asistencia: exclusión de residentes.

Resumen: El Tribunal señala que la normativa comunitaria se opone a que una entidad federada de un Estado miembro limite la afiliación a un régimen de seguridad social y al beneficio de las prestaciones en él previstas, exclusivamente a los residentes en el territorio de dicha entidad, en la medida en que tal limitación afecte a nacionales de otros Estados miembros que ejerzan un actividad profesional en el territorio de dicha entidad o a nacionales de dicho Estado que hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad Europea.

“La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 18 CE, 39 CE y 43 CE y 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 (DO 1997, L 28, p. 1), modificado por el Reglamento (CE) núm. 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999 (DO L 38, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento núm. 1408/71»).

Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre varias entidades federadas del Reino de Bélgica. Dicho litigio enfrenta al Gobierno de la Comunidad Francesa y al Gobierno valón, por una parte, con el Gobierno flamenco, por otra parte,

Régimen comunitario

en relación con las condiciones de afiliación al régimen de seguro de asistencia instituido por la Comunidad Flamenca en favor de las personas cuya autonomía se encuentra reducida a causa de una incapacidad grave y prolongada.

(...).

El presente asunto tiene su origen en el tercer recurso de anulación interpuesto por los Gobiernos demandantes en el procedimiento principal contra el Decreto de 30 de marzo de 1999, habiendo sido desestimados los dos primeros parcialmente y en su totalidad, respectivamente, por la Cour d'arbitrage. En el marco de estos asuntos anteriores, la Cour d'arbitrage aclaró, en particular, en su sentencia núm. 33/2001, de 13 de marzo de 2001, que el régimen de seguro de asistencia instituido por dicho Decreto pertenecía al ámbito de la «ayuda a las personas», materia comprendida dentro de las competencias de las Comunidades con arreglo al artículo 128, apartado 1, de la Constitución belga y, por lo tanto, no invadía las competencias exclusivas del Estado federal en materia de seguridad social.

Se desprende de la resolución de remisión que el litigio principal tiene por objeto, más concretamente, el artículo 4 del Decreto de 30 de marzo de 1999, en su versión resultante del Decreto de 30 de abril de 2004 (en lo sucesivo, «Decreto de 30 de marzo de 1999 modificado»). En sus recursos, interpuestos el 10 de diciembre de 2004 ante el órgano jurisdiccional remitente, los Gobiernos demandantes invocaron, en particular, una infracción del Reglamento núm. 1408/71 y de diversas disposiciones del Tratado CE, alegando que la exclusión del citado régimen de aquellas personas que, aunque trabajen en la Región de lengua neerlandesa o en la Región bilingüe de Bruselas-Capital, residan dentro del territorio nacional, pero fuera del territorio de esas dos regiones, es una medida restrictiva que constituye un obstáculo a la libre circulación de personas.

En tales circunstancias, la Cour d'arbitrage decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Un sistema de seguro de asistencia:

a) instaurado por una Comunidad autónoma de un Estado federal miembro de la Comunidad Europea,

b) aplicable a las personas domiciliadas en la parte del territorio de ese Estado federal en el que dicha Comunidad autónoma es competente,

c) que confiere el derecho a que dicho sistema tome a cargo los gastos ocasionados por prestaciones de asistencia y servicios no médicos a las personas aquejadas de una movilidad reducida prolongada y grave que estén afiliadas a dicho sistema, a través de una participación global en los gastos correspondientes, y

d) financiado, por una parte, mediante las cotizaciones anuales de los afiliados y, por otra parte, mediante una dotación con cargo al presupuesto de la Comunidad autónoma de que se trata,

¿constituye un régimen incluido en el ámbito de aplicación material del Reglamento [...] núm. 1408/71, definido en el artículo 4 de dicho Reglamento?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, ¿debe interpretarse el Reglamento antes citado, en particular sus artículos 2, 3 y 13, y, en la medida en que sean aplicables, sus artículos 18, 19, 20, 25 y 28, en el sentido de que dichas disposiciones se oponen a que una Comunidad autónoma de un Estado federal miembro de la Comunidad Europea adopte disposiciones que, en el ejercicio de sus competencias, limiten el derecho a asegurarse y el beneficio de un régimen de seguridad social en el sentido de dicho Reglamento a las personas que tengan su domicilio en el territorio en el que dicha Comunidad autónoma es competente y, en lo

Régimen comunitario

I

que respecta a los ciudadanos de la Unión Europea, a las personas que trabajen en dicho territorio y tengan su domicilio en otro Estado miembro, con exclusión de las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que tengan su domicilio en una parte del territorio del Estado federal en la que es competente otra Comunidad autónoma?

3) ¿Deben interpretarse los artículos 18, 39 y 43 del Tratado CE en el sentido de que se oponen a que una Comunidad autónoma de un Estado federal miembro de la Comunidad Europea adopte disposiciones que, en el ejercicio de sus competencias, limitan el derecho a asegurarse y el beneficio de un régimen de seguridad social en el sentido del referido Reglamento a las personas que tengan su domicilio en el territorio en el que dicha Comunidad autónoma es competente y, en lo que respecta a los ciudadanos de la Unión Europea, a las personas que trabajen en dicho territorio y estén domiciliadas en otro Estado miembro, con exclusión de las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que tengan su domicilio en una parte del territorio del Estado federal en la que es competente otra Comunidad autónoma?

4) ¿Deben interpretarse los artículos 18, 39 y 43 del Tratado CE en el sentido de que se oponen a que el ámbito de aplicación de un sistema semejante se limite a las personas que estén domiciliadas en las entidades de un Estado federal miembro de la Comunidad Europea que dicho sistema contemple?»

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) Las prestaciones pagadas en virtud de un régimen como el del seguro de asistencia instituido mediante el Decreto del Parlamento flamenco regulador del seguro de asistencia (Decreet houdende de organisatie van de zorgverzekering), de 30

de marzo de 1999, en su versión resultante del Decreto del Parlamento flamenco por el que se modifica el Decreto de 30 de marzo de 1999 regulador del seguro de asistencia (Decreet van de Vlaamse Gemeenschap houdende wijziging van het decreet van 30 maart 1999 houdende de organisatie van de zorgverzekering), de 30 de abril de 2004, están comprendidas dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 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, modificado por el Reglamento (CE) núm. 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999.

2) Los artículos 39 CE y 43 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de una entidad federada de un Estado miembro, como la que regula el seguro de asistencia instituido por la Comunidad Flamenca de Bélgica mediante el citado Decreto de 30 de marzo de 1999, en su versión resultante del Decreto del Parlamento flamenco de 30 de abril de 2004, que limita la afiliación a un régimen de seguridad social y el beneficio de las prestaciones previstas en él a quienes o bien residen en el territorio en el que tiene competencia dicha entidad, o bien ejercen en dicho territorio una actividad profesional pero residen en otro Estado miembro, en la medida en que dicha limitación afecte a nacionales de otros Estados miembros o a nacionales de dicho Estado que hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad Europea.

3) Los artículos 39 CE y 43 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de una entidad federada de un Estado miembro que limita la afiliación a un régimen de seguridad social y el beneficio de las prestaciones previstas en él exclusivamente a los residentes en el territorio de dicha entidad, en la medida en que tal limitación afecte a

Régimen comunitario

nacionales de otros Estados miembros que ejerzan una actividad profesional en el territorio de dicha entidad o a nacionales de dicho Estado que hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad Europea.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 1 de abril de 2008.

Cuestión Prejudicial: C-212/06.

Ponente: Sr. Klucka.

Voz: Prestaciones de supervivencia: parejas del mismo sexo.

Resumen: El Tribunal señala que una prestación de supervivencia otorgada en el marco de un régimen de previsión profesional está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

“El 8 de noviembre de 2001, el Sr. Maruko constituyó, en virtud del artículo 1 de la LPartG en su primera versión, una pareja estable inscrita (en lo sucesivo, «pareja inscrita») con un diseñador de vestuario de teatro.

Éste se hallaba afiliado al VddB desde el 1 de septiembre de 1959 y continuó cotizando voluntariamente a esta entidad durante los períodos en que la afiliación no era obligatoria.

El compañero, miembro de la pareja inscrita, del Sr. Maruko falleció el 12 de enero de 2005.

Mediante escrito de 17 de febrero de 2005, el Sr. Maruko solicitó una pensión de viudo al VddB. Éste denegó su solicitud mediante decisión de 28 de febrero de 2005, basándose en que sus estatutos no preveían tal prestación de supervivencia para los miembros de las parejas inscritas.

El Sr. Maruko recurrió ante el órgano jurisdiccional remitente. En su opinión, la denegación del VddB

vulnera el principio de igualdad de trato ya que el legislador alemán ha establecido, desde el 1 de enero de 2005, tal igualdad entre la pareja inscrita y el matrimonio al introducir, en particular, el artículo 46, apartado 4, en el Código de la Seguridad Social. El hecho de no otorgar a un miembro de una pareja inscrita, tras el fallecimiento del otro miembro de la pareja, las prestaciones de superviviente en las mismas condiciones que a un cónyuge supérstite constituye, a su juicio, una discriminación por motivos de orientación sexual de dicha persona. Según el Sr. Maruko, las parejas inscritas reciben un trato menos favorable que los cónyuges, aun cuando, como en su caso, se deben socorro y auxilio, se obligan mutuamente a llevar una vida en común y se hacen responsables el uno del otro. Afirma que el régimen patrimonial de las parejas inscritas equivale, en Alemania, al de los cónyuges.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) Una prestación de supervivencia otorgada en el marco de un régimen de previsión profesional como el gestionado por el Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

2) El artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge supérstite, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación

Régimen comunitario

de supervivencia. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el miembro superviviente de una pareja inscrita se halla en una situación comparable a la de un cónyuge beneficiario de la prestación de supervivencia establecida en el régimen de previsión profesional gestionado por el Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 3 de abril de 2008.

Cuestión Prejudicial: C-103/06.

Ponente: Sr. Klucka.

Voz: Seguridad social: trabajadores por cuenta propia.

Resumen: El Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio, debe interpretarse en el sentido que no se opone a que un Estado miembro, cuya legislación social sería la única aplicable a un trabajador por cuenta propia residente, excluya de la base de contribuciones como la contribución social generalizada y la contribución para el reembolso de la deuda social los rendimientos percibidos por dicho trabajador en otro Estado miembro, con arreglo, en particular, a un convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta.

“De la resolución de remisión se desprende que el Sr. Derouin:

–reside en Francia, donde ejerce la profesión de abogado con carácter autónomo, y es socio de la *partnership* de Derecho inglés Linklaters (en lo sucesivo, «*partnership*»). Ésta tiene su establecimiento principal en el Reino Unido, si bien cuenta igualmente con oficinas en otros Estados miembros, Francia entre ellos, con un establecimiento en París (en lo sucesivo, «oficina de París»).

–está inscrito simultáneamente como abogado en la cour d'appel de Paris y como Registered Foreign Lawyer en la Supreme Court of England and Wales;

–presta todos sus servicios de abogado en el marco de las actividades de la oficina de París;

–su remuneración consiste en el cobro de una participación en los beneficios obtenidos por la *partnership*;

–tiene su domicilio fiscal en Francia y tributa en este Estado miembro y en cada uno de los Estados donde tiene presencia la *partnership*, según su participación en los resultados obtenidos por cada establecimiento de ésta;

–está incluido en un régimen obligatorio de seguro de enfermedad en Francia y está registrado en la Urssaf en calidad de trabajador por cuenta propia.

La Urssaf calculó las cotizaciones relativas a las prestaciones familiares, así como la CSG y la CRDS debidas por el Sr. Derouin sobre los ingresos profesionales que éste recibe por su actividad en la oficina de París y sobre su participación en los beneficios obtenidos por las demás oficinas de la *partnership*. De las aclaraciones ofrecidas a lo largo de la fase oral se desprende que la Urssaf reclamó al Sr. Derouin el pago de la CSG y de la CRDS en relación con diferentes períodos de los años 2000 a 2005.

El Sr. Derouin pagó las cotizaciones relativas a las prestaciones familiares calculadas sobre el conjunto de sus ingresos profesionales (incluidos, por tanto, los procedentes del Reino Unido), pero impugna ante el tribunal des affaires de sécurité sociale de Paris el pago de la CSG y de la CRDS calculadas sobre sus rendimientos procedentes del Reino Unido por considerar que estas contribuciones no constituyen cotizaciones de seguridad social, sino impuestos, y que, al tributar en el Reino Unido los rendimientos obtenidos en dicho Estado miembro en virtud del Convenio bilateral, sólo pueden quedar sujetos a la CSG y a la CRDS los rendimientos que hayan de tributar en Francia.

La Urssaf sostiene, por el contrario, que estas contribuciones tienen el carácter de cotizaciones de seguridad social, que están comprendidas en el

Régimen comunitario

ámbito de aplicación del Reglamento núm. 1408/71 y que, en consecuencia, deben calcularse sobre el conjunto de los rendimientos, ya se perciban en el Reino Unido o en Francia.

(...).

La cuestión planteada tiene por objeto, en esencia, que se dilucide si un Estado miembro cuya normativa en materia de seguridad social es aplicable en virtud del Reglamento núm. 1408/71 es libre de determinar la base de contribuciones como la CSG y la CRDS o si, por el contrario, dicho Reglamento obliga a este Estado miembro a incluir en la base de tales contribuciones los rendimientos percibidos en otro Estado miembro, sin poder renunciar a la percepción de estas contribuciones sobre dichos rendimientos.

A este respecto, procede recordar que la finalidad del Reglamento núm. 1408/71 consiste, como se afirma en sus considerandos segundo y cuarto, en garantizar la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dentro de la Comunidad Europea, respetando las características propias de las legislaciones nacionales de seguridad social. A tal efecto, con arreglo a sus considerandos quinto, sexto y décimo, el mencionado Reglamento acoge el principio de la igualdad de trato de los trabajadores bajo las distintas legislaciones nacionales y pretende garantizar lo mejor posible la igualdad de trato de todos los trabajadores que desarrollan sus actividades en el territorio de un Estado miembro, así como no penalizar a aquellos que ejerciten su derecho a la libre circulación. El sistema elaborado por el Reglamento núm. 1408/71 constituye únicamente un sistema de coordinación, que determina cuál o cuáles serán las legislaciones aplicables a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que ejercitan, en distintas circunstancias, su derecho a la libre circulación (sentencias de 9 de marzo de 2006, Piatkowski, C-493/04, Rec. p. I-2369, apartados 19 y 20, y de 18 de julio de 2006, Nikula, C-50/05, Rec. p. I-7029, apartado 20).

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El 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. 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999, debe interpretarse en el sentido que no se opone a que un Estado miembro, cuya legislación social es la única aplicable a un trabajador por cuenta propia residente, excluya de la base de contribuciones como la contribución social generalizada y la contribución para el reembolso de la deuda social los rendimientos percibidos por dicho trabajador en otro Estado miembro, con arreglo, en particular, a un convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 6 de mayo de 2008.

Cuestión Prejudicial: C-133/06.

Ponente: Sr. Larsen.

Voz: Política común de asilo: anulación de artículos Directiva 2005/85/CE.

Resumen: El Tribunal decide anular 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 para conceder o retirar la condición de refugiado.

“Mediante su recurso, el Parlamento Europeo solicita, con carácter principal, 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

Régimen comunitario

de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (DO L 326, p. 13; en lo sucesivo, «disposiciones impugnadas»), y, con carácter subsidiario, la anulación de esta Directiva en su totalidad.

Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2006, se autorizó la intervención de la Comisión de las Comunidades Europeas y de la República Francesa en apoyo de las pretensiones del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea, respectivamente.

(...).

En apoyo de su recurso, el Parlamento invoca cuatro motivos de anulación basados, respectivamente, en una vulneración del Tratado CE que resulta de la infracción del artículo 67 CE, apartado 5, primer guión; en la falta de competencia del Consejo para adoptar las disposiciones impugnadas; en un incumplimiento de la obligación de motivación de éstas y, por último, en el incumplimiento del deber de cooperación leal.

(...).

Según el Parlamento, las disposiciones impugnadas constituyen una doble desviación de procedimiento, en primer lugar, en relación con la regla de unanimidad prevista en el artículo 63 CE, párrafo primero, punto 1, letra d), en el momento de la adopción de la Directiva 2005/85 y, en segundo lugar, en relación con el procedimiento de codecisión que debe sustituir a dicha regla una vez adoptada la legislación comunitaria que defina las normas comunes y los principios esenciales que rijan la política en materia de asilo.

Por el contrario, el Consejo alega que nada en el Tratado CE se opone a que un acto adoptado según el procedimiento previsto por la base jurídica aplicable cree una base jurídica derivada a efectos, en

particular, de la posterior adopción de un acto normativo en este ámbito mediante un procedimiento decisorio simplificado.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

- 1) Anular 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 para conceder o retirar la condición de refugiado.
- 2) Condenar en costas al Consejo de la Unión Europea.
- 3) La República Francesa y la Comisión de las Comunidades Europeas cargarán con sus propias costas."

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 8 de mayo de 2008.

Cuestión Prejudicial: C-39/07.

Ponente: Sr. Toader.

Voz: Reconocimiento de títulos de enseñanza superior: farmacéutico hospitalario.

Resumen: El Tribunal señala que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/48/CEE, relativa a un sistema general de reconocimiento de títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, por lo que respecta a la formación de farmacéutico hospitalario, al no haber adoptado todas las medidas necesarias para adaptar su Derecho interno a lo dispuesto en dicha Directiva.

"La normativa referente a las especializaciones en Farmacia está constituida por el Real Decreto 2708/1982, de 15 de octubre, por el que se regulan

Régimen comunitario

los estudios de especialización y la obtención del título de Farmacéutico Especialista (...).

(...).

El 19 de diciembre de 2005, la Comisión envió al Reino de España un escrito de requerimiento que tenía como objeto la falta de adaptación por dicho Estado miembro de su Derecho interno a la Directiva 89/48 por lo que respecta a la profesión de farmacéutico especialista.

En su respuesta de 17 de marzo de 2006, el Reino de España alegó que la Directiva 89/48 no era aplicable a la profesión de farmacéutico hospitalario, al ser ésta una especialización de la profesión de farmacéutico que se regula de manera específica en las Directivas 85/432 y 85/433, a las que se adaptó el Derecho español mediante el Real Decreto 1667/1989.

El 4 de julio de 2006, por considerar que dicha respuesta no era satisfactoria, la Comisión dirigió al Reino de España un dictamen motivado, al que este Estado miembro respondió el 12 de enero de 2007, es decir, con posterioridad a la fecha de expiración del plazo señalado por la Comisión en el referido dictamen motivado, reiterando su argumento de que la Directiva 89/48 no era aplicable a los títulos de especialización en el sector farmacéutico.

Al no convencerle este argumento, la Comisión interpuso el presente recurso.

(...).

Además, como ha recordado la Comisión, la Directiva 89/48 no crea un sistema de reconocimiento automático. Aun cuando reconoce el derecho de acceso a las profesiones reguladas, esta Directiva permite, en virtud de su artículo 4, letra b), que el Estado de acogida someta al solicitante, nacional de otro Estado miembro, a un período de prácticas o a una prueba de aptitud, en concreto,

cuando la formación que haya recibido comprenda materias sustancialmente diferentes de las cubiertas por el título exigido en el Estado miembro de acogida o cuando la profesión regulada en este último Estado miembro abarque una o varias actividades profesionales reguladas que no existan en la profesión regulada en el Estado miembro de origen o de procedencia del solicitante y que esta diferencia entre las actividades profesionales en los dos Estados miembros de que se trate se caracterice por una formación específica diferente.

El Reino de España alega que el artículo 47 CE, apartado 3, excluye, en cualquier caso, que una directiva cuyo objeto es la aplicación de un sistema general de reconocimiento de los títulos pueda aplicarse a las profesiones sanitarias, puesto que dicho artículo introduce expresamente una salvedad por lo que se refiere a las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas, que no pueden liberalizarse sin un acto que establezca las normas relativas a «la coordinación de las condiciones exigidas para su ejercicio en los diferentes Estados miembros».

Esta alegación debe desestimarse. Tal interpretación del artículo 47 CE, apartado 3, llevaría, de hecho, no sólo a no aplicar la Directiva 89/48, sino, más en general, a excluir el derecho de los nacionales comunitarios al reconocimiento de los títulos de especialización en Farmacia, siendo así que este derecho resulta del artículo 43 CE, párrafo segundo.

Por el contrario, el objetivo del artículo 47 CE, apartado 3, no es limitar el alcance del derecho al reconocimiento de los títulos, sino evitar la aplicación de un sistema de reconocimiento automático de los títulos de acceso a las profesiones sanitarias cuando no existe coordinación de las disposiciones que regulan el ejercicio de estas profesiones. Por lo tanto, dicha disposición del Tratado se refiere a tal sistema, que debe concebirse en relación con la armonización progresiva de las disposiciones relativas al ejercicio de dichas profesiones.

Régimen comunitario

I

De lo anterior se desprende que el reconocimiento de los títulos que dan acceso a la profesión de farmacéutico hospitalario está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 89/48 y que los Estados miembros deben establecer un sistema que permita tal reconocimiento, con arreglo a las condiciones previstas en dicha Directiva.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/48, por lo que respecta a la profesión de farmacéutico hospitalario, al no haber adoptado todas las medidas necesarias para adaptar su Derecho interno a lo dispuesto en dicha Directiva.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 15 de mayo de 2008.

Cuestión Prejudicial: C-276/07.

Ponente: Sr. Cunha Rodríguez.

Voz: Libre circulación de trabajadores: discriminación por nacionalidad.

Resumen: El Tribunal señala que la normativa comunitaria se opone a que, en la conversión de un contrato de trabajo de duración determinada como lector de intercambio en un contrato de trabajo por tiempo indefinido como experto lingüístico de lengua materna, se deniegue a una persona el reconocimiento de los derechos adquiridos desde la fecha de su primer contrato, con las condiciones que este hecho tiene en su retribución, antigüedad y seguridad social.

“La Sra. Delay, nacional belga, fue contratada como lectora de intercambio por la Università degli studi di Firenze del 1 de noviembre de 1986 al 31 de octubre de 1994, con arreglo a varios contratos de duración determinada sucesivamente prorrogados. La Sra. Delay comenzó por tomar parte en un concurso convocado por el Comisariado general de Relaciones Internacionales de Bruselas para lectores de lengua y literatura francesa. Posteriormente, al haber superado el citado concurso, se envió su

curriculum vitae a la citada Universidad, al mismo tiempo que los nombres de otros aprobados, con el fin de que ésta eligiera un lector de intercambio.

El 31 de octubre de 1994, no se prorrogó su contrato, debido a que su nombre no figuraba ya en la lista facilitada a la Università degli Studi di Firenze por las autoridades belgas.

El 28 de diciembre de 1994, después de dos meses sin haber ejercido actividad profesional alguna, la Sra. Delay firmó con esta misma Universidad un contrato de trabajo por tiempo indefinido, regido por la Ley núm. 236/95, aplicable a los colaboradores lingüísticos a partir del 1 de enero de 1994.

No obstante ser equivalentes las funciones, la retribución a que daba lugar el nuevo régimen era inferior al sueldo que cobraba anteriormente la Sra. Delay. Al no poder alcanzarse un acuerdo con la Università degli studi di Firenze, la Sra. Delay interpuso un recurso ante el Tribunale di Firenze, el 21 de julio de 2003, con la finalidad principal de que se reconociera que su contrato fue por tiempo indefinido a partir del 1 de noviembre de 1986, es decir, desde el comienzo de su relación laboral con la Università degli studi di Firenze. La Sra. Delay pretendía esencialmente acogerse al régimen relativo al reconocimiento de los derechos adquiridos por los antiguos lectores de lengua materna extranjera, regulado en el Decreto-ley núm. 2, de 14 de enero de 2004.

El Tribunale di Firenze desestimó su pretensión al considerar, en particular, que los lectores de intercambio constituyen una categoría completamente distinta de la de los lectores de lengua materna extranjera que sigue rigiéndose por una normativa especial.

(...).

Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide, en esencia, que se dilucide si el ar-

Régimen comunitario

título 39 CE, apartado 2, se opone a que, en el marco de la conversión de un contrato de trabajo de duración determinada como lector de intercambio en un contrato de trabajo por tiempo indefinido como colaborador lingüístico, se deniegue a una persona que se halle en la situación de la demandante en el asunto principal el reconocimiento de los derechos adquiridos desde la fecha de su primer contrato, con las correspondientes consecuencias en lo que atañe a la retribución, a la consideración de la antigüedad y al pago por el empresario de cuotas a un régimen de seguridad social.

(...).

Pues bien, de los autos presentados al Tribunal de Justicia se desprende que el contrato de trabajo de lector de intercambio de la Sra. Delay expiró el 31 de octubre de 1994 y que, hasta el 28 de diciembre de 1994, es decir, dos meses después, no se firmó su contrato de colaborador lingüístico.

Incumbe al órgano jurisdiccional nacional, que es el único competente para apreciar los hechos y para interpretar la legislación nacional, determinar si existe un vínculo de continuidad entre las funciones que ya ejerció la Sra. Delay al servicio de la Università degli Studi di Firenze en calidad de lector de intercambio y las que le haya encomendado dicha Universidad en calidad de colaborador lingüístico.

Al efectuar dicha apreciación, el citado órgano jurisdiccional deberá comprobar, en primer lugar, si la actividad profesional ejercida por los lectores de intercambio y la desarrollada por los colaboradores lingüísticos tienen el mismo contenido funcional habida cuenta, en particular, de la definición de los parámetros pedagógicos de los cursos de estudio de lenguas extranjeras, así como de la evaluación de los conocimientos de los estudiantes y, en segundo lugar, si los dos tipos de funciones de que se trata responden a las mismas necesidades de enseñanza de las Universidades italianas.

En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente comprobara que existe un vínculo de continuidad entre las funciones de lector de intercambio y las de colaborador lingüístico ejercidas por la Sra. Delay, no obstante la interrupción temporal de la relación laboral con su empresario, sería necesario examinar si un trabajador nacional colocado en una situación comparable habría obtenido el reconocimiento de los derechos adquiridos desde la fecha de su primer contrato, por aplicación de la ley núm. 230/62.

Por lo que atañe, más en particular, a los efectos de la interrupción de la relación laboral, procede señalar que, en el apartado 28 de la sentencia de 26 de junio de 2001, Comisión/Italia, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que sólo un análisis basado en el contenido y no en la forma de los regímenes legales permitirá dilucidar si su aplicación efectiva a diferentes categorías de trabajadores, que se encuentran en situaciones jurídicas comparables, lleva a situaciones compatibles o, por el contrario, incompatibles con el principio fundamental de no discriminación por razón de la nacionalidad.

A la vista de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 39 CE, apartado 2, se opone a que, en el marco de la conversión de un contrato de trabajo de duración determinada como lector de intercambio en un contrato de trabajo por tiempo indefinido como colaborador lingüístico, se deniegue a una persona que se encuentre en la situación de la demandante en el asunto principal el reconocimiento de los derechos adquiridos desde la fecha de su primer contrato, con las correspondientes consecuencias en lo que atañe a la retribución, a la consideración de la antigüedad y al pago por el empresario de las cuotas a un régimen de seguridad social, siempre que un trabajador nacional que se halle en una situación comparable obtenga tal reconocimiento. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar si así sucede en el asunto principal.”

Régimen comunitario

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 20 de mayo de 2008.

Cuestión Prejudicial: C-352/06.

Ponente: Sr. K. Schiemann.

Voz: Seguridad Social: prestaciones familiares en Estado de residencia no competente.

Resumen: El Tribunal señala que el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, no se opone a que un trabajador migrante, que está sujeto al régimen de seguridad social de un Estado miembro, perciba, con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro de residencia, prestaciones familiares en este último Estado.

“La Sra. Bosmann, nacional belga residente en Alemania, se hace cargo sola de sus dos hijos, nacidos en 1983 y en 1985 respectivamente. Ambos residen también en Alemania, donde cursan sus estudios.

En principio, la Sra. Bosmann tiene derecho a las prestaciones familiares alemanas previstas en el artículo 62 de la Ley del impuesto sobre la renta, que inicialmente le concedió la Bundesagentur. Sin embargo, después de que la Sra. Bosmann comenzara, el 1 de septiembre de 2005, a desempeñar una actividad profesional en los Países Bajos, se le denegó el pago de dichas prestaciones a partir del mes de octubre de 2005, mediante resolución del 18 del mismo mes. La Bundesagentur interpretó las disposiciones de Derecho comunitario aplicables en el sentido de que la Sra. Bosmann únicamente estaba sujeta a la legislación del Estado miembro de empleo, a saber la del Reino de los Países Bajos, de modo que la República Federal de Alemania ya no puede ser considerada como el Estado competente, responsable de las referidas prestaciones.

La Sra. Bosmann no puede percibir en los Países Bajos las prestaciones familiares correspondientes debido a que la legislación neerlandesa no prevé su concesión por hijos mayores de 18 años.

El órgano jurisdiccional remitente señala que no se ha aclarado aún si la Sra. Bosmann vuelve a su domicilio en Alemania al término de cada jornada laboral o sólo los fines de semana u otros días no laborales.

En estas circunstancias, el Finanzgericht Köln decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse de forma restrictiva el artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento [...] núm. 1408/71 [...], en el sentido de que no se opone a que una madre que se hace cargo sola de sus hijos tenga derecho a la prestación familiar por hijos concedida en el Estado de residencia (la República Federal de Alemania), cuando en el Estado de empleo (el Reino de los Países Bajos) no percibe ninguna prestación debido a la edad de los hijos?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Debe interpretarse de forma restrictiva el artículo 10 del Reglamento [...] núm. 574/72 [...], en el sentido de que no se opone a que una madre que se hace cargo sola de sus hijos tenga derecho a la prestación familiar por hijos concedida en el Estado de residencia (la República Federal de Alemania), cuando en el Estado de empleo (el Reino de los Países Bajos) no percibe ninguna prestación debido a la edad de los hijos?

3) En caso de respuesta negativa a las cuestiones primera y segunda:

¿Se desprende directamente del Tratado CE o de los principios generales del Derecho que una trabajadora y madre que se hace cargo sola de sus hijos tiene derecho a la aplicación de la normativa más favorable de su Estado de residencia en relación con la concesión de una prestación familiar por hijos?

Régimen comunitario

4) ¿Depende la respuesta a las anteriores cuestiones de si la trabajadora vuelve al domicilio familiar al término de cada jornada laboral?»

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 13, apartado 2, letra a), 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 (CEE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 647/2005

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, no se opone a que un trabajador migrante, que está sujeto al régimen de seguridad social del Estado miembro de empleo, perciba, con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro de residencia, prestaciones familiares en este último Estado.

2) Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si la circunstancia de que un trabajador que se encuentra en la situación de la demandante en el litigio principal vuelva o no al domicilio familiar situado en el Estado miembro de que se trata al término de cada jornada laboral es pertinente para apreciar si tal trabajador reúne los requisitos para la concesión de la prestación familiar en cuestión en dicho Estado con arreglo a la legislación nacional de éste.”

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO

Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de ICADE y de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Redactora Social en Ediciones Francis Lefebvre.

PILAR CHARRO BAENA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

II

El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008

SUMARIO

I. Los derechos de Seguridad Social de los extranjeros; especial referencia a los extranjeros en situación irregular. A) Trabajadores extranjeros y Seguridad Social. B) Los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en situación irregular. C) El derecho a la prestación de desempleo contributivo en la doctrina judicial.

II. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008. A) El supuesto de hecho. B) La fundamentación jurídica.

III. Reflexión crítica.

I. LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS; ESPECIAL REFERENCIA A LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR

A) Trabajadores extranjeros y Seguridad Social

La Ley General de Seguridad Social vigente (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en adelante LGSS), al igual que sus precedentes, concibe, al menos de modo general, a la Seguridad Social como un “derecho de los españoles” (artículo 1), los cuales constituyen el arquetipo inicial, sin que ello implique una exclusión de quienes no lo sean; limitación que posteriormente es rectificada por el artículo 7.1 LGSS, que incluye en el sistema de la Seguridad Social a los “extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siem-

pre que (...) ejerzan su actividad en territorio español”, pero no como derecho de los extranjeros sino más bien como criterio de delimitación de su ámbito de aplicación.

Por su parte, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX), en su primigenia redacción, partía, en su artículo 3, del principio de equiparación de trato jurídico entre españoles y extranjeros. Los artículos 10.1 y 14.1 concretaban en el ámbito de la Seguridad Social este nuevo marco general de equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros.

En concreto, el artículo 10.1 LOEX dispuso que “Los extranjeros tendrán derecho ... al acceso al Sistema de la Seguridad Social”, bien que “en los términos previstos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen”. Por su parte, el artículo 14.1 de la citada norma señalaba que “Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”,¹ previsión esta última que, a diferencia de la anterior, no contenía remisión alguna que supeditara su efectividad práctica.

Esta dualidad de marcos de referencia admitiría varias posibles interpretaciones en orden a dar coherencia, a su vez, a dos preceptos amparados, curiosamente, bajo rúbrica de similar tenor por lo que a la Seguridad Social se refiere. En cualquier caso, todas las interpretaciones conducían a la misma consecuencia práctica: los extranjeros residentes en España tendrían acceso al sistema de Seguridad Social y a sus prestaciones en las mismas condiciones que los españoles, ya fueran éstas contributivas o no.

La anterior conclusión significaba que, si bien en el caso de las prestaciones contributivas no suponía alteración alguna respecto de lo ya previsto en la legislación específica hasta entonces vigente (LGSS, artículo 7.1, en redacción dada al mismo por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre), en el supuesto de las no contributivas determinaba la derogación tácita del artículo 7.5 LGSS, exclusivamente dedicado a la modalidad no contributiva tras la redacción dada al mismo por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. A efectos de acceder a estas últimas prestaciones se deducía del articulado de la precitada norma que todos los extranjeros, sin excepción, que –de forma temporal o permanente– residieran legalmente en territorio español se hallarían equiparados a los españoles, sin que a partir de su entrada en vigor resultase operativa la distinción que por razón de la nacionalidad efectuaba el artículo 7.5 LGSS.

Sucede, como se sabe, que la LOEX fue prematuramente modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, reforma que si bien no alcanzó al artículo 14 antes referido, sí que afectó, entre otros, al contenido de los artículos 3 y 10.1 de aquella primera norma.

(1) La posible aplicación, desde junio de 2003, de la normativa comunitaria de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social a los extracomunitarios también se supedita a su residencia legal en un Estado miembro, junto a la lógica exigencia de que su situación tenga un carácter transnacional respecto de uno o más Estados miembros (Reglamento CE 859/2003).

El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular

II

Así, respecto al artículo 3, lo que antes era un principio general de equiparación de derechos en los términos expuestos, pasó a ser un mero criterio interpretativo en la aplicación legal ordinaria de los derechos de los extranjeros, remitiendo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución a los “términos establecidos en los Tratados Internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”. Por su parte, el artículo 10 vino a señalar que “Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho (...) al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”.

La LO 14/2003, de 20 de noviembre, 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, Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local y la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, última reforma legal en materia de extranjería, dejan inalterados los preceptos de referencia.

Del examen del panorama expuesto, puede concluirse que la LOEX y sus reformas no contienen una regulación en profundidad sobre la materia que ahora nos ocupa, sino que tan sólo contienen una enunciación general de los derechos de los extranjeros en España que exige la remisión a otras normas donde se detalla en régimen sustantivo aplicable a cada uno de ellos. En consecuencia, el acceso al Sistema de la Seguridad Social se formalizará de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7 a 14 y 97 a 102 LGSS y el RD 84/1996, de 26 de enero, sobre inscripción de empresas, altas y bajas de trabajadores y los preceptos de las normas reguladoras de los distintos regímenes especiales dedicados a delimitar el campo de aplicación de los mismos.

Específicamente, el primero de los requisitos que deben reunir los extranjeros para afiliarse o darse de alta en el Sistema de Seguridad Social es el de estar en posesión de una autorización administrativa para trabajar, condición indispensable para realizar un trabajo ya sea por cuenta propia o ajena. Así, en el artículo 42 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, se establece que “a las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles, deberá acompañarse copia del correspondiente permiso de trabajo, cuando se trate de extranjeros que para ejercer en España su actividad deben proveerse del mismo”. En el mismo sentido, la Circular de la Dirección General de la Tesorería General de 13 de febrero de 2001, mantuvo ese criterio disponiendo en su instrucción primera que no podría ser estimada solicitud alguna de afiliación y alta inicial de los trabajadores extranjeros si no se les ha concedido previamente el respectivo permiso de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena. Siendo nulas tales afiliaciones y altas sin el cumplimiento del requisito de concesión de dicha autorización, por tratarse de actos contrarios al ordenamiento jurídico en los supuestos en los que se carece de un requisito esencial para la adquisición de la condición legal de trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena.

B) Los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en situación irregular

Como ya se ha señalado, la ausencia de la autorización administrativa para trabajar, impide la afiliación y alta en el Sistema de Seguridad Social (*ex* artículo 42 RD 84/1996), siendo dudoso el acceso de estos trabajadores, ajenos al Sistema, a las prestaciones que éste ofrece. Progresivamente se fue aclarando su acceso a la cobertura de las contingencias profesionales que, como se pondrá de manifiesto en este epígrafe, se reconoció paralelamente a la protección que legislador y tribunales otorgaron a los derechos laborales de los extranjeros en situación irregular. Respecto al reconocimiento de una prestación por desempleo contributivo a favor de este colectivo existían posturas encontradas de los tribunales a las que se hará referencia en el siguiente epígrafe.

Inicialmente la falta de autorización para trabajar, ante la ausencia de pronunciamiento expreso en la normativa de extranjería (vigente la LO 7/1985 y sus Reglamentos de desarrollo), supuso que se considerara comúnmente y con frecuencia de forma acrítica, que el contrato de trabajo así suscrito era nulo. En otro momento se defendió la validez del contrato de trabajo en estas circunstancias, al reunir los elementos y requisitos esenciales preceptivos, si bien el ordenamiento jurídico anudaba la eficacia del contrato de trabajo a la obtención del permiso de trabajo, de modo que las consecuencias derivadas de él serían jurídicamente exigibles cuando así se dispusiera de modo expreso (en materia de retribución en tal sentido se pronunciaba el artículo 9.2 ET).

En este estado de cosas, la LOEX, en su primera versión, en el artículo 33, tras imponer que “los empleadores que contraten a un extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”, mantenía que “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”. Se trataba de un precepto ciertamente confuso al introducir la duda acerca de la creación de una nueva autorización, la de los empleadores que quisieran contratar a un extranjero para que llevara a cabo actividades laborales lucrativas.

Por su parte, la LO 8/2000, modificó la primera parte de dicho artículo, que pasa a ser el 36, disipando la duda acerca de la eventual necesidad de una autorización por parte del empleador, pero manteniendo la previsión referida a que la carencia de autorización no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. Ello permitió a la doctrina laboral enfatizar que para el tratamiento de la ineficacia/eficacia del contrato de trabajo concertado sin la correspondiente autorización, suponía un “giro radical” que permitía reconocer en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario infractor los derechos laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a lo que dispone el ET, incluida la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

Sin embargo, del texto del entonces nuevo precepto no se deducía de manera clara e inequívoca una interpretación de tal signo. ¿Qué alcance debía darse a la expresión “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario”? ¿A qué derechos se refiere el precepto?

El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular

II

¿todos?, ¿los básicos enumerados en el artículo 4 ET?, probablemente hubiese que limitarlos a los derechos derivados de la relación de trabajo. En cualquier caso, la exclusión del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros en situación irregular queda “en tela de juicio” con la redacción del artículo 36.3 LOEX.

El Real Decreto 864/2001, de 4 de julio (en adelante, RELOEX), desaprovechando la oportunidad de acometer de forma definitiva la cuestión, no hizo ninguna mención sobre el tema, por lo que indefectiblemente tenían que ser los Tribunales los que, recogiendo el testigo, perfilaran el contenido de esa equívoca previsión. Y en esa labor, la posición de nuestros Tribunales fue al principio vacilante, aunque se constata una tendencia favorable a la protección laboral del extranjero sin permiso de trabajo y/o residencia. Es la STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002 la que representa de manera paradigmática esta posición cuando afirma que hay que “conceder plena eficacia jurídica a la relación laboral existente entre la empresa y los trabajadores extranjeros”, pues la situación precedente está “radicalmente modificada” a fin de “asegurar plenamente al trabajador todos sus derechos laborales”. Basa su posición no sólo en el tenor del citado artículo 36.3 sino también en su interpretación gramatical, sistemática, histórica y contextual. Esta doctrina es confirmada por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de septiembre de 2003, respecto de una trabajadora extranjera embarazada, y entiende que de dicha circunstancia se deriva “una protección que en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo”, la obligada readmisión en su estado”, lo que debería determinar, entre otras consecuencias, que se desplegasen cuantos instrumentos se prevén en la legislación laboral para proteger la situación de maternidad.

En este contexto, se produce asimismo por diversos TSJ el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales a los extranjeros en situación irregular. De manera que la redacción del artículo 36.3 LOEX aportada por la LO 8/2000 no vino sino a confirmar los siguientes argumentos jurídicos que, *grosso modo*, venían ya manejando²:

- En primer lugar, la protección por contingencia profesional es una protección inherente al contrato de trabajo que no se puede considerar inválido aunque afecte a un extranjero en situación irregular.
- En segundo lugar, la cobertura por contingencias profesionales conlleva el alta de pleno y la denominada automaticidad de las prestaciones. Las prestaciones deben ser adelantadas por

(2) STSJ del País Vasco de 10 de octubre de 2000 (AS 2000, 4466) SSTs de 9 de junio de 2003 (RJ 2003, 3936), 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 7446) y 7 de octubre de 2003 (RJ 2003, 6497), SSTSJ de Aragón de 1 de abril de 2004 (AS 2004, 3076); Castilla La Mancha de 19 de mayo de 2004 (AS 2004, 1652), Cataluña 15 de noviembre de 2006 (AS 2007, 1561) –véase, B. FERNANDEZ COLLADOS: “Reconocimiento de la incapacidad temporal por accidente de trabajo de un extranjero extracomunitario irregular sobre la base del artículo 36.3 LOE. Comentario de la STSJ de Aragón de 1 de abril de 2004, AS 3076”, *Aranzadi Social*, núm. 17/2004, BIB 2004/1850; y también “Más doctrina judicial sobre los derechos de los extranjeros irregulares ante el nivel contributivo de la Seguridad Social. Comentario a las SSTSJ de Cataluña 15-11-06, AS 1561 y del País Vasco 13-2-07, AS 900”, *Aranzadi Social* núm. 11/2007 BIB 2007/1354). En el mismo sentido, STSJ País Vasco de 13 de febrero 2007, (AS 2007, 900). Un comentario sobre la misma, en L.A. TRIGUERO MARTÍNEZ: “La Seguridad Social y la protección por desempleo de los extranjeros irregulares. A propósito de la STSJ del País Vasco de 13-2-07, Sala de lo Social Sección 1 (AS 2007/900)”, *Aranzadi Social*, núm. 13/2007, BIB 2007/1695.

la Entidad Gestora o las Mutuas, pudiéndose finalmente derivar la responsabilidad directa del empresario incumplidor (LGSS artículos 125.3 y 126.3).

- En tercer lugar, la obligación de reciprocidad a favor de los trabajadores nacionales de Estados que hubieran ratificado, como España, el Convenio OIT núm. 19. Además, se advierte que en el ordenamiento español existe un principio general de reciprocidad en materia de contingencias profesionales [OM de 28 de diciembre de 1966 artículo 1.4.b)], por lo que cabría oponer cualquier Convenio de Seguridad Social internacional –bilateral o multilateral– que proclamara la igualdad de trato sin exigir la situación regular de los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación³.
- En cuarto lugar, la previsión legal que prohíbe expulsar a los beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente en el trabajo derivada de contingencias profesionales salvo comisión de infracciones graves o muy graves [LOEX artículo 57.5.d)].

En consecuencia, y desde el punto de vista de la cobertura de Seguridad Social del extranjero en situación irregular, resultaba indiscutida la obtención de prestaciones derivadas de contingencias profesionales (asistencia sanitaria, incapacidad temporal⁴ pensiones de incapacidad permanente⁵ y todas las prestaciones a favor de sus supervivientes asociadas al fallecimiento del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional⁶). Derecho que además sería reconocido de forma expresa por el legislador en 2005, respecto de los trabajadores por cuenta ajena extranjeros nacionales de los Estados que hubieran ratificado el Convenio de la OIT núm. 19 de 5 de junio de 1925. Pudiéndose además entender ampliado ese derecho por cualquier otra norma internacional que estableciese tal reciprocidad o la propia igualdad de trato a estos efectos protectores. Sujetos todos ellos a los que se considera incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente tales contingencias profesionales (RD 84/1996 artículo 42.2 modificado por el RD 1041/2005 artículo 1.10)⁷.

Es precisamente esta línea argumental la que defendió el Tribunal Supremo en la muy relevante Sentencia de 9 de junio de 2003, que anuda su solución a la consideración de la existencia

(3) Así, STS unific. Doctrina de 9 de junio de 2003, (RJ 2003, 3936), aplicando el Convenio de Seguridad Social Hispano-ecuatoriano.

(4) SSTSJ de Aragón de 1 de abril de 2004 (AS 2004, 3076) y Madrid de 5 de septiembre de 2002 (AS 2002, 3359).

(5) STSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2004 (AS 2004, 2194).

(6) Véase, STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2004 (AS 2005, 2915).

(7) “Con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida”.

El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular

II

de un verdadero contrato de trabajo, a pesar de la falta de autorización para trabajar e invoca la ya conocida, y controvertida, STS (contencioso-administrativo) de 2 de diciembre de 1998, que declaró la obligación de cotizar respecto de los extranjeros que prestasen servicios sin los preceptivos permisos administrativos, aunque olvidando que este pronunciamiento partía, precisamente, de la tesis opuesta, esto es, de la nulidad del contrato de trabajo así celebrado. El incumplimiento empresarial de los actos de encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social en materia de afiliación, situación de alta del trabajador y, sobre todo, no estar al corriente de las cotizaciones es compatible con la llamada “alta de pleno derecho”, lo que conlleva la aplicación de la doctrina sobre automaticidad en el pago de las prestaciones, la Mutua debe anticipar las prestaciones correspondientes, incluidas las sanitarias, sin perjuicio de repetir contra el empresario, como responsable directo del abono de las prestaciones e, incluso, contra el INSS si el empresario es declarado insolvente, en cuanto responsable subsidiario, como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

También existía alguna referencia legal respecto de la asistencia sanitaria, en concreto en el artículo 12 LOEX donde se establece la cobertura, en las mismas condiciones que las de los españoles, de los extranjeros empadronados residentes habituales en nuestro país. También se alude al derecho a cobertura sanitaria de los extranjeros que se encuentren en España, aunque sólo respecto de un tratamiento de urgencia, hasta su alta médica, por enfermedades graves o accidentes. Por último, se preveía una cobertura total de menores y respecto de extranjeras embarazadas durante su embarazo, parto y postparto.

Al margen de tales contingencias profesionales y de la asistencia sanitaria, la protección de Seguridad Social del extranjero irregular resultaba muy dudosa.

Pues bien, en este estado de cosas, la LO 14/2003 incorporó una nueva redacción del párrafo 3 del artículo 36 de la vigente Ley de Extranjería con el siguiente tenor: “La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar *incluidas aquéllas en materia de Seguridad Social*, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, *ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle*”.

La redacción contenida en la nueva LOEX no sólo asume parte de la última doctrina judicial y jurisprudencial sino que declara, en primer lugar, que el incumplimiento empresarial de solicitar la autorización previa para trabajar acarrea responsabilidades también en materia de Seguridad Social respecto del Estado y del trabajador. En segundo lugar, que aquella infracción “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”. La trascendencia de estas previsiones es evidente, y en particular, por novedosa, la relativa a la garantía del reconocimiento a las prestaciones de Seguridad Social que, en principio, ya no debería limitarse a las derivadas de un accidente de trabajo.

Sin embargo, una primera lectura de este precepto modificado advierte de una posible antinomia entre los artículos 14 y el 36.3 de la misma ley: lo que en apariencia deniega aquél lo conce-

de éste, al removerse, como obstáculo impeditivo del acceso a las prestaciones, la inexistencia de la pertinente autorización administrativa.

Tratando de resolver esta discordancia, la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS adoptó el siguiente acuerdo: “A partir del 21 diciembre de 2003, fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica y para hechos causantes producidos desde el citado momento, a la hora de reconocer las prestaciones que gestiona el Instituto, se considerará al extranjero que trabaja en España sin la preceptiva autorización gubernativa, como trabajador que no está dado de alta por el empresario, debiendo estarlo con las consecuencias legales de todo orden que tal incumplimiento comporta, de conformidad con la legislación vigente”. En consecuencia, el empresario será el responsable directo de la prestación que en su caso pudiese haberle correspondido al trabajador extranjero que carece de autorización administrativa para trabajar. Y, en principio, de todas las prestaciones del nivel contributivo de la Seguridad Social. Dicho lo anterior, si el empresario deviene insolvente, será de aplicación el mecanismo de garantía que impone la anticipación de las prestaciones por parte de la Entidad Gestora o colaboradora, subrogándose en los derechos del extranjero contra el empresario, según dispone el artículo 125.3 LGSS.

Respecto de estos trabajadores extranjeros en situación irregular que se encontraban fuera del Sistema de Seguridad Social, al no poder ser afiliados ni dados de alta, obviamente tampoco era factible que se realizara cotización alguna a su favor. No obstante, se consideró que esa cotización impagada debía abonarse por el empresario a la Tesorería General de la Seguridad Social como un incremento de la multa impuesta por incumplimiento de la exigencia de solicitar la autorización para trabajar de su empleado. Debe hacerse hincapié que dicho abono, como la propia multa a la que se adicionaba, sólo tenía naturaleza sancionatoria y no generaba ni afiliación, ni alta, ni ninguna cotización a favor del extranjero en situación irregular (Ley 62/2003 artículo 48)⁸. Deben así entenderse superadas aquellas sentencias que obligaban a la propia cotización al empresario con el objeto de evitar su enriquecimiento injusto desde el momento de inicio de la prestación laboral del extranjero irregular. La finalidad de esa norma resultaba evidente: evitar el enriquecimiento injusto del empresario infractor y disuadir la contratación irregular. De nuevo se producía una discordancia entre lo dispuesto en la normativa sobre extranjería y el precepto referido, que podía quedar salvada admitiendo que el derecho que se reconoce en materia de Seguridad Social en el artículo 36.3 LOEX lo es a la obtención de prestaciones.

(8) Ley 62/2003 artículo 48: “1. Cuando se sancione a un empleador que utilice un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, el importe de la multa establecido en la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios.

2. En el acta de infracción que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levante al efecto, la propuesta de sanción especificará los parámetros utilizados para el cálculo de la cuantía total de la multa según lo indicado en el apartado anterior.

3. El importe correspondiente al incremento de esta sanción se hará efectivo en la Tesorería General de la Seguridad Social conforme al procedimiento reglamentariamente establecido en ejecución de la citada Ley Orgánica 4/2000”.

El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular

II

En fin, como se adelantaba, el RD 1041/2005, de 5 septiembre, reformó el artículo 42 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el RD 84/1996, de 26 de enero. Respecto a los nacionales de Estados que hubieran ratificado el Convenio núm. 19 OIT, quienes presten sus servicios careciendo de las correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo, “se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”. Se recoge legalmente, de esta forma, la doctrina jurisprudencial antes referida.

Para el resto de extranjeros, que no sean nacionales de Estados que hubieran ratificado el citado Convenio, el nuevo precepto dispone que “Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley”.

En suma, éste es el marco normativo que permitirá analizar el alcance de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008, que ahora nos ocupa.

C) El derecho a la prestación de desempleo contributivo en la doctrina judicial

La problemática sobre el derecho a esta prestación surge en el marco de pleitos planteados por extranjeros sin autorización para trabajar que, sin embargo, prestaron servicios de forma irregular y fueron despedidos. Sujetos que obtuvieron sentencias declarando nulos o improcedentes tales despidos, y que solicitaron al amparo de tales pronunciamientos ante el SPEE-INEM prestaciones contributivas de desempleo. Pedían que se tuvieran en cuenta los períodos trabajados que constaban en las mencionadas resoluciones, debiendo la gestora adelantar las prestaciones que, a su modo de ver, debían ser responsabilidad empresarial ex LOEX artículo 36.3. Frente a la negativa administrativa a reconocer tales derechos, las Salas de lo Social de los TSJ mantuvieron las dos siguientes posturas divergentes, debiendo el TS, en la sentencia que se comenta, unificar doctrina.

Por un lado, algunos Tribunales apoyan el otorgamiento de la cobertura por desempleo contributivo,⁹ utilizando, con carácter general, los siguientes argumentos¹⁰:

(9) SSTSJ de Cantabria de 26 de octubre de 2004 (JUR 2004, 291543), Castilla y León 17 y 21 de noviembre de 2005 (AS 2005, 3384 y 3387). Ver un comentario sobre estas dos primeras sentencias del TSJ de Castilla León (Valladolid) en P. CHARRO BAEÑA: “Trabajo irregular del extranjero y prestación por desempleo”, *Aranzadi Social*, núm. 21 de abril de 2006, BIB 2005/2739 y Voz “Derecho al Trabajo”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 12, 2006, pp. 153 y ss.

(10) Véase J. CABEZA PEREIRO: “La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, pp. 295 y ss., Tomo I. y VV.AA.: *Memento Práctico de Seguridad Social 2008-09*, Francis Lefebvre, pp. 878 y ss.

– En primer lugar, recuerdan que el contrato de trabajo del extranjero en situación irregular no es nulo y de él puede derivar el derecho de los extranjeros en situación irregular a la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social a las que pudiera tener derecho (LOEX artículo 36.3-modif LO 14/2003). En efecto, donde la Ley no distingue (RD 84/1996 artículo 42.2 modif RD 1041/2005 artículo uno.10) no cabe establecer la exclusión de ninguna de las posibles prestaciones realizando una interpretación restrictiva de los derechos de los extranjeros en situación irregular. La cobertura legal, se dice, no puede circunscribirse a las contingencias profesionales, pues dicha protección resultaría reiterativa y sin sentido, pues ya se venían protegiendo las contingencias profesionales por otras vías como se señaló en el epígrafe anterior.

- En segundo lugar, el mencionado artículo 36.3 de la LOEX transmite al empleador la responsabilidad, también en materia de Seguridad Social, por la omisión de su deber de haber solicitado la autorización para trabajar. Dicho de otra manera, no se puede hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias de que el empresario no cumpla la mencionada obligación tal y como le incumbe. De no ser así, se añade, se estaría fomentando indirectamente el empleo de trabajadores extranjeros irregulares, cuya contratación tendría un coste inferior al de los trabajadores nacionales también sin afiliación y/o alta¹¹.

– En tercer lugar, respecto de estas prestaciones de desempleo existe un deber de anticipo por parte del Servicio Público de Empleo y, además, una responsabilidad empresarial en los supuestos de incumplimiento empresarial de las obligaciones de afiliación, alta y cotización. La entidad gestora posteriormente podrá repetir las cantidades abonadas contra el empresario que es el que tiene responsabilidad en el abono de las prestaciones (LGSS artículo 220; CC artículo 1902).

– En cuarto lugar, se alude a que durante la percepción de la prestación de desempleo no se puede producir a la expulsión del extranjero irregular beneficiario [LOEX artículo 57.5.d)]. Siendo además la concesión de la prestación por desempleo contributiva causa de renovación de la autorización administrativa [LOEX artículo 38.3.b). y RELOEX artículo 54.5]. Efectivamente, se produce una renovación a término de la autorización, que finaliza con la propia prestación, salvo que el trabajador encuentre un trabajo y sea nuevamente autorizado. En este sentido, debe recordarse que, durante la vigencia de la normativa de extranjería ya derogada, los tribunales reconocieron la posibilidad de que un extranjero, despedido improcedentemente, percibiese una prestación por desempleo más allá de la vigencia estricta de su autorización¹².

– Por último, recientemente se ha añadido un argumento sociológico señalándose que “la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, y el elemento teleológico y finalidad, confirman la interpretación de la Ley indicada, con la que se ha de proteger al trabajador extranjero como víctima y principal perjudicado de una realidad social que demuestra la frecuente contratación irregular de empresarios que aprovechan esta situación para imponer condiciones

(11) M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR: *Reforma y contrarreforma de la Ley de extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 pp. 259 y ss.

(12) SSTs de 21 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10349) y 21 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6787).

El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular

II

de trabajo abusivas, con el convencimiento de que el trabajador carece de posibilidad legal de exigir el cumplimiento de las obligaciones ordinarias de cualquier contrato de trabajo, a lo que se quiere poner término permitiendo al trabajador actuar contra este empresario también en el ámbito laboral, o reconociéndole los derechos inherentes a la actividad laboral, como es el desempleo”¹³.

En sentido contrario, ciertas Salas de lo Social de los TSJ han denegado las prestaciones por desempleo contributivo a los trabajadores extranjeros en situación irregular¹⁴, sobre la base de las siguientes consideraciones:

– En primer lugar, recuerdan que el extranjero en situación irregular está, con carácter general, fuera del Sistema de Seguridad Social (RD 84/1996 artículo 42), sin perjuicio de poder obtener ciertas prestaciones entre las que no se encuentra mencionado expresamente el desempleo.

– En segundo lugar, aluden a la existencia de impedimentos legales insalvables para el extranjero en situación irregular que no puede cumplir los requisitos de acceso a la prestación de desempleo que solicita. En efecto, el extranjero sin autorización para trabajar no puede buscar activamente empleo, suscribir compromiso de actividad o aceptar colocación adecuada [LGSS artículo 207.c), artículo 231.i)].

Este segundo argumento se puede considerar paralelo o semejante a la imposibilidad de readmisión en caso de nulidad del despido del extranjero sin autorización para trabajar; condena que sólo puede conducir al abono de la indemnización por despido improcedente ante la imposibilidad de ejecución en sus propios términos de dicha readmisión. En efecto, si el extranjero no autorizado por el mero hecho de ser beneficiario de una prestación por desempleo pudiera acceder al mercado de trabajo, se estaría vulnerando la legalidad vigente establecida en la normativa de extranjería. En ese mismo sentido tampoco parece adecuado vulnerar la LGSS, permitiendo que un extranjero en situación irregular sea beneficiario de una prestación por desempleo contributivo respecto de la que no reúne los requisitos para su percepción. Además, en cualquier caso, los extranjeros en situación irregular no están contemplados entre el listado de supuestos en los que los extranjeros pueden inscribirse como demandantes de empleo ante los Servicios de empleo correspondientes (OM TAS 3698/2006 modificada por la OM TAS/711/2008).

(13) STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 2008, Rec. núm. 978/07.

(14) En este sentido, SSTSJ de Murcia de 13 de febrero de 2006 (JUR 2007, 86601) y Madrid 16 de enero de 2007 (JUR 2007, 159275) confirmada esta última por la Sentencia del TS que ahora se comenta. En este sentido, resulta interesante la STSJ de Madrid de 1 de diciembre de 2007 (JUR 2008, 83870), aunque relativa a una solicitud de Renta Activa de Inserción de extranjera en situación irregular víctima de violencia de género, en la que se deniega dicha prestación por la imposibilidad total de empleabilidad de la solicitante, a pesar de que en los casos de víctimas de violencia de género se recomienda atemperar requisitos como el relativo a la búsqueda de empleo.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE MARZO DE 2008

A) El supuesto de hecho

Un extranjero de nacionalidad cubana tiene reconocida, en sentencia firme dictada en instancia el 26 de noviembre de 2004 por el Juzgado de lo Social número 9 de Madrid, la improcedencia del despido que llevó a cabo la empresa donde prestó servicios durante veintinueve meses careciendo de autorización para trabajar y residir. Aportando dicha sentencia, el trabajador solicitó ante el Servicio de Empleo Estatal (SPEE, en lo sucesivo) que resolviera expresamente sobre su derecho a recibir prestaciones por desempleo, petición que no obtuvo respuesta. También solicitó, en dos ocasiones, resolución al Servicio Regional de Empleo sobre su derecho a inscribirse como demandante de empleo. Ninguna de las dos entidades consta que le respondiesen.

Reclamado en vía judicial el referido derecho, el Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid desestimó la demanda interpuesta inicialmente por el trabajador contra ambas entidades públicas mencionadas, su empresario y, curiosamente, contra el FOGASA. Dicha sentencia fue confirmada por el TSJ de Madrid en fecha 16 de enero de 2006¹⁵, desestimando el recurso de suplicación que el extranjero había formulado. Éste, disconforme, procedió a plantear el recurso de casación para unificación de doctrina que da lugar a la sentencia que se analiza. Como sentencia de contraste se aportó la del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de noviembre de 2005¹⁶, pronunciamiento que el TS considera prácticamente idéntico a la sentencia impugnada, salvo algunos aspectos que considera no relevantes, como la nacionalidad del extranjero (en la de contraste rumano) o el tiempo de prestación de servicios en cada caso. Sin embargo, debe hacerse constar aquí que la nacionalidad rumana o búlgara desde el 1 de enero de 2007, fecha de adhesión de estos Estados a la CE, ya no puede considerarse comparable a la cubana. En efecto, los nacionales de estos Estados miembros son ciudadanos comunitarios que tienen derecho de entrada y residencia. Estos derechos sólo quedan sujetos a un control administrativo que no implica autorización previa, y de los que obviamente carecen los ciudadanos cubanos. Es cierto que respecto de los nacionales búlgaros y rumanos persisten en España, al menos hasta 2009, ciertas restricciones respecto al acceso al empleo que suponen la exigencia en algunos casos de autorizaciones para trabajar. Sin embargo, respecto de estos ciudadanos comunitarios deben dejarse sin efecto o suspenderse cautelarmente, cuando así se hubieran solicitado, las órdenes de expulsión acordadas en un momento previo a la adhesión de estos países¹⁷.

(15) Rec. de suplicación núm. 3847/06. Una referencia a la misma puede consultarse en el número 16 de la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, voz "Derecho al Trabajo", pp. 184-187.

(16) AS 2005, 3387. Una referencia a la misma puede consultarse en el número 11 de la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, voz "Derecho al Trabajo", pp. 137 a 145.

(17) STS cont. adm. de 6 de marzo de 2008, Rec. 3201/04 y 12 de febrero de 2008, Rec. 2525/04 RJ 1360; Véase también, sobre el derecho a la libre circulación de estos ciudadanos la SJCE de 10 de julio de 2008, asunto Jipa C-33/07; el TJCE, al amparo del TCE artículo 18 y de la Directiva 2004/38/CE, sólo permite la restricción al derecho a la libre circulación de un ciudadano rumano que fue repatriado a Rumania antes de la adhesión de este país a la UE cuando ésta se base en una conducta personal de ese nacional que suponga una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental del Estado que pretende impedir su entrada y siempre que la medida restrictiva sea proporcional al objetivo que persiga.

El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular

II

El único codemandado que comparece es el Servicio Regional de Empleo de la Comunidad Autónoma de Madrid, que se opone al recurso, pronunciándose favorablemente a los intereses del recurrente el Ministerio Fiscal en su informe.

B) La fundamentación jurídica

La Sentencia del Pleno de la Sala IV de 18 de marzo de 2008 (Recurso de casación para la unificación de doctrina 800/2007) confirma la sentencia del TSJ de Madrid de 16 de enero de 2007, que deniega al trabajador extranjero en situación irregular el derecho a inscribirse como demandante de empleo y a percibir las prestaciones de desempleo contributivo, sobre la base de las siguientes consideraciones.

– En primer lugar, desbroza la fundamentación jurídica del recurrente descartando normas y jurisprudencia que no ofrecen solución a la cuestión jurídica que se plantea, pues se refieren a la protección respecto de contingencias profesionales.

En este sentido, descarta la aplicación del Convenio OIT núm. 19, que no contiene previsión alguna sobre el desempleo, sino tan sólo a contingencias profesionales, el Convenio OIT núm. 97, que reserva el principio de igualdad de trato a los emigrantes en situación regular, y la Recomendación OIT núm. 151, que carece de fuerza jurídica vinculante, teniendo sólo un valor interpretativo. Asimismo, rechaza la jurisprudencia vertida por el propio Tribunal Supremo sobre el derecho a la cobertura de los extranjeros en situación irregular por accidente de trabajo, ya mencionada en este trabajo. Tampoco ampara la reclamación del recurrente el RELOEX (RD 864/2001 modif RD 2393/2004), que, por razones temporales, sería el aplicable.

Tras este descarte, el TS concluye que la pretensión del recurrente se funda básicamente en el artículo 36.3 LOEX, sin embargo, considera que esta disposición tampoco tutela su derecho a la prestación solicitada, lo que lleva a la segunda línea argumental.

– En segundo lugar, vincula la interpretación del referido artículo 36.3 con el contenido del artículo 14 LOEX.

Como se recordará, el artículo 36.3 LOEX dispone que la falta de autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto de los derechos que pudieran asistir al extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que puedan corresponderle. Por su parte, según dispone el artículo 14 LOEX, los residentes legales –definidos como aquellos que tienen autorizaciones para residir en España (LOEX artículo 30 bis)– son los únicos que están equiparados a los españoles a efectos de cobertura de la Seguridad Social en sus modalidades contributiva y no contributiva. Respecto de los extranjeros en situación irregular, el precepto sólo reconoce su derecho respecto a “los servicios y prestaciones sociales básicas”. Haciendo un esfuerzo interpretativo, el TS incluye en el marco de estas últimas expresiones a: las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de

asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere necesario [LGSS artículo 53 en relación con la LGSS artículo 38.1.e)]; la asistencia sanitaria urgente al extranjero (LOEX artículo 12); e, incluso, la asistencia social de las CCAA (ex CE, artículo 148) externa a la Seguridad Social¹⁸.

Consecuencia de lo anterior es que la falta de la autorización para trabajar, dado que ya no invalida el contrato de trabajo, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social a las que el extranjero residente tiene derecho y, además, en las mismas condiciones que los españoles. Pero si el extranjero carece también de autorización de residencia, “las prestaciones que pudieran corresponderle”, a las que alude el, tantas veces mencionado, párrafo 3 del artículo 36 LOEX, no puede sino referirse a “los servicios y prestaciones de asistencia sanitaria de urgencia”.

Asumiendo el TS su doctrina acerca del derecho del extranjero irregular a las prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales, justifica la falta de correspondencia entre el reconocimiento al extranjero irregular de las prestaciones indeterminadas ex artículo 36.3 LOEX (“las prestaciones que pudieran corresponderle”), y la limitación de derechos de Seguridad Social a los extranjeros residentes que contiene el artículo 14.1 LOEX, en la aplicación de los convenios internacionales suscritos por España que ordenan la protección del trabajador en dicho sentido (por ejemplo, el Convenio OIT núm. 19 al que hace referencia el RD 84/1996 artículo 42.2 reformado en 2005). Sin embargo, afirma que no existe convenio internacional que obligue al trato igual entre españoles y extranjeros en situación irregular en materia de desempleo. Es más, el Tribunal recuerda que el referido artículo 42.2 excluye a los extranjeros del sistema de Seguridad Social, “sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley”. Esas “determinadas prestaciones” no son otras que las que se puedan adquirir de acuerdo con la LGSS, y para el caso del desempleo contributivo exige al beneficiario requisitos de imposible incumplimiento por el trabajador extranjero en situación irregular (no puede trabajar, ni podrá realizar una búsqueda activa de empleo, o aceptar una colocación adecuada; tampoco será posible su inscripción como demandante de empleo).

– En tercer lugar, el TS alude a la perspectiva finalista de la LOEX. Afirma que la legislación española de extranjería ha estado desde siempre orientada a estimular la emigración legal. Así, recuerda que el Preámbulo de la LO 7/1985 ya apostaba por “diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad, (asegurando la Ley) la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España”. En el mismo sentido, de acuerdo con las declaraciones y recomendaciones formuladas por Organismos internacionales y supranacionales competentes en esta materia, las LO 8/2000 y 14/2003, en sus Exposiciones de Motivos, asumen dicha distinción, que se traslada a todo su

(18) Por ejemplo, ayudas periódicas de atención personal que se reconocen en algunas CCAA, aunque sea a favor de beneficiarios de una prestación familiar de hijo a cargo (STS de 26 de mayo de 2004, *RJ* 2004, 5418); o las ayudas económicas complementarias de carácter extraordinario reconocidas por una CCAA a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas (STCo 239/2002).

El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular

II

articulado, en consonancia con lo contenido en la Conclusión 18 del Consejo Europeo de Tampere.

Sobre la base de estas consideraciones finalistas, el reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo a los extranjeros en situación irregular [en realidad, la extensión de todas las prestaciones por contingencias comunes), desincentivaría a los inmigrantes clandestinos a la realización de los trámites para obtener autorización de residencia y residencia y trabajo. Es más, provocaría una especie de regularización encubierta y en espiral del emigrante irregular que pese a no poder regularizar su situación no podría ser expulsado del país ex LOEx artículo 57.5.d)]¹⁹.

– En cuarto lugar, considera relevante el hecho de que el extranjero que presta servicios sin la correspondiente autorización comete una falta grave sancionable, incluso, con la expulsión del territorio nacional [LOEX artículo 53.b) y 57.1], por lo que no debería beneficiarse de todas las prestaciones de Seguridad Social que le corresponden al extranjero en situación regular. Defiende el TS que la irregularidad por ausencia de residencia es previa a la contratación y sólo responsabilidad del extranjero que decidió entrar y permanecer ilegalmente en España.

La argumentación jurídica anterior lleva al alto Tribunal a declarar que sólo si el extranjero recurrente tuviera autorización para residir, parece que en el momento de la solicitud, tendría derecho a percibir la prestación por desempleo que reclama, aunque hubiera trabajado sin autorización. Considera el TS que ésta es la doctrina correcta, que ya se contemplaba en pronunciamientos previos²⁰.

Por último, advierte el Alto Tribunal que la imposibilidad del acceso tanto al Sistema de Seguridad Social como al reconocimiento de prestaciones al extranjero no residente no es óbice para que éste exija, en caso de aparición de determinadas contingencias comunes, la responsabilidad civil contractual (que se valoraría de acuerdo con el monto de las prestaciones por contingencias comunes que hubiera percibido) del empresario que no solicitó su preceptiva autorización para trabajar, siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social pueda imputarse al empresario. Sin embargo, el TS ha entendido que el trabajador extranjero sin residencia legal ni está en situación de desempleo ni puede cumplir el requisito de suscribir el compromiso de actividad que le obliga a una búsqueda activa de empleo imposibilidad de que el trabajador cumpla los requisitos para acceder al desempleo (suscripción de un compromiso de actividad etc.), y ello no es imputable al empresario, salvo que forme parte de las “redes organizadas para la inmigración ilegal o tráfico ilegal de mano de obra” ex artículo 59 LISOS²¹.

(19) Esta limitación considera, *obiter dicta*, el TS que sólo sería de aplicación en los supuestos en los que el extranjero comenzara a percibir la prestación de desempleo en situación regular y hasta el fin de la cobertura, que puede exceder la propia autorización.

(20) SSTs, unific. de doctrina de 21 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10349) y 21 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6787).

(21) LOEX artículo 59 “El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autori-

III. REFLEXIÓN CRÍTICA

En primer lugar, hay que valorar positivamente que el Tribunal se haya esforzado en desbrozar la normativa aplicable al supuesto de hecho. En más ocasiones de las deseables, se utilizan disposiciones haciendo caso omiso de si se está en presencia de prestaciones derivadas de contingencias comunes o profesionales, se aplica equívocamente normativa internacional respecto a nacionales de Estados que no han ratificado un determinado instrumento convencional, pasan inadvertidas condiciones personales, profesionales y administrativas que pudieran condicionar la solución judicial, etc. En la sentencia que ahora se comenta, certeramente se pone en la palestra cuál es la fundamentación jurídica relevante. Otra cosa es que se comparta, siempre, la interpretación que el alto Tribunal proporciona de esa normativa.

Partiendo de ese panorama legal todavía muy confuso, la argumentación de la sentencia que se comenta no permite extraer fácilmente un esquema de las prestaciones contributivas de Seguridad Social de las que puede gozar un extranjero que no tenga todas las preceptivas autorizaciones de trabajo y residencia. Aun así, parece que de la doctrina unificada del TS pueden extraerse las tres siguientes conclusiones:

- En primer lugar, confirma que los extranjeros que presten servicios sin las preceptivas autorizaciones de residencia y/o trabajo, tendrán derecho a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, pero en régimen de responsabilidad empresarial en aplicación de lo dispuesto en los artículos 36.3 LOEX, 42 RD 84/1996, y Tratados y Convenios Internacionales.
- En segundo lugar, a los trabajadores extranjeros que no cuenten con autorización de residencia (lógicamente, tampoco de trabajo), podrá reconocérseles las prestaciones por contingencias comunes, aunque sólo como indemnizaciones a cargo del empresario ex LOEX artículo 36.3, sin anticipo por parte de las entidades gestoras. A esta conclusión no puede llegarse respecto de la prestación por desempleo porque el extranjero no residente legalmente no cumple los requisitos específicos de la situación protegida (artículos 203.1, 207 y 209.1 LGSS).²²
- En tercer lugar, el extranjero residente legal que ha realizado servicios por cuenta ajena, sin contar con la preceptiva autorización para trabajar, puede obtener la prestación por desempleo contributivo.

El esquema anterior resulta a todas luces insuficiente, dejando multitud de interrogantes en el tintero. En particular, no queda claro qué prestaciones de Seguridad Social derivadas de contin-

zación, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

(22) A. DESDENTADO BONETE: “El desempleo del extranjero «sin papeles»”, *La Ley* núm. 6986, 10 de julio de 2008. Coincidiendo con él plenamente en las dos primeras conclusiones mencionadas.

El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular

II

gencias comunes, al margen del desempleo, pueden obtener los extranjeros residentes que no cuentan con autorización de trabajo. Parece que, siguiendo la argumentación del TS, a todas, en aplicación del artículo 14.1 LOEX, pero ¿en régimen de responsabilidad empresarial o como indemnizaciones a cargo del empresario? Entendemos que de la aplicación del artículo 42.2 del RD 84/1996 nada impediría que un extranjero en situación irregular al que se le reconociese en vía judicial, por ejemplo en una sentencia de despido, la existencia de prestación efectiva de servicios tuviese derecho a dichas prestaciones, que debería abonar el empresario capitalizando una prestación contributiva, sin que fuera posible el anticipo por parte de la entidad gestora.

Tampoco satisface plenamente la doctrina unificada sobre el reconocimiento de la prestación por desempleo a los trabajadores extranjeros con mera residencia legal. Máxime cuando se señala que se trata de un criterio ya fijado en pronunciamientos previos de 1994 y 1995.

Ha de recordarse que con anterioridad al RD 155/1996, Reglamento de desarrollo de la LO 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y ante el silencio legal acerca del derecho de los extranjeros a la prestación por desempleo, la doctrina no era uniforme. Cumplidos los requisitos generales para el acceso a dicha prestación (afiliación, alta y cotización, así como la extinción involuntaria de la relación laboral), unos defendían que el extranjero podría acceder a la prestación por desempleo siempre que ésta no excediese del tiempo restante para alcanzar el fin de la vigencia del permiso de trabajo, y ello con independencia del período cotizado para causar derecho a la prestación y la duración de ésta. Otros, sin embargo, consideraban que la única exigencia para poder tener derecho a las prestaciones por desempleo era la de contar con un permiso de residencia, ya que éste permitía al trabajador seguir residiendo en España y, de este modo, eventualmente encontrar otro empleo²³. Y esta última interpretación es por la que finalmente se decanta el TS en unificación de doctrina, en las Sentencias de 21 de diciembre de 1994 y 21 de septiembre de 1995²⁴. Sin embargo, dichas sentencias no abordan el problema jurídico al que se refiere la sentencia de 2008 que se comenta, pues resolvían supuestos en los que los trabajadores extranjeros habían prestado servicios con autorización de residencia y trabajo y, por lo tanto, habían accedido al sistema de Seguridad Social y cotizado por la contingencia por desempleo, centrándose el debate sobre la duración de la prestación una vez que perdiera vigencia el permiso de trabajo. Y es en este caso cuando dichos pronunciamientos de los años 90 reconocen al extranjero su condición como beneficiario siempre que mantuviesen la residencia legal. Doctrina difícilmente extrapolable al supuesto que soluciona en 2008 el TS, relativo a un extranjero que nunca tuvo ninguna autorización de ningún tipo, ni de residencia, ni de trabajo y, por tanto, se mantuvo siempre ajeno al Sistema de Seguridad Social.

Además dicha doctrina no resuelve los problemas mencionados respecto al cumplimiento de los requisitos establecidos en la LGSS para ser beneficiario de prestaciones por desempleo, no sólo en el momento del hecho causante, sino también durante todo el tiempo en que se pretenda percibir tal cobertura. En particular, la disponibilidad para trabajar y la asunción del

(23) Sobre la evolución legal y doctrinal, véase, B. FERNÁNDEZ COLLADOS: *El Estatuto Jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Ediciones Laborum, Murcia, 2007, pp. 161 y ss.

(24) SSTs, unific. de doctrina de 21 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10349) y 21 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6787).

compromiso de actividad son requisitos que sólo cumplen quienes sean titulares de una autorización para trabajar. Los extranjeros residentes regulares no siempre cumplen los requisitos para acceder a las prestaciones por desempleo, pues no todo residente legal está autorizado para trabajar; aunque es cierto que todo autorizado para trabajar tiene la residencia legal asociada por ese mismo período. Al amparo de la doctrina unificada del TS se podría defender, por ejemplo, el derecho a la prestación por desempleo, a cargo del empresario pero anticipada por la Gestora, a favor de sujetos nacionales rumanos y/o búlgaros que nunca hubieran tenido autorizaciones ni para residir, ni para trabajar en España, pero que hubieran prestado servicios de forma irregular, independientemente de que todavía precisasen hoy en día estas últimas autorizaciones para trabajar, para realizar legalmente una actividad por cuenta ajena. Cobertura que se basaría exclusivamente en la residencia legal de la que goza dicho colectivo desde el 1 de enero de 2007, como ciudadanos comunitarios, aunque estos sujetos, al carecer de autorización para trabajar, continúen sin poder suscribir compromiso de actividad o aceptar colocación adecuada. En la misma situación podrían estar además los titulares de autorizaciones de residencia no lucrativa (residencia vinculada a un familiar por reagrupación, respecto de persona que acredita medios de vida suficientes, autorizaciones de investigación o estudio). En este segundo contexto, el argumento empleado por el TS en sus sentencias de los años 1994 y 1995 de que el extranjero en situación de estancia o residencia regular puede lograr una autorización para trabajar, parece poco factible. Conviene recordar que, dejando al margen las regularizaciones o normalizaciones masivas –seis entre 1985 y la última de 2005–, la autorización para trabajar en España debe lograrse básicamente desde el país de origen.

De acuerdo con el TS, si se admite que el extranjero sin autorización para trabajar no cumple los requisitos legales (compromiso de actividad etc.) para acceder al desempleo²⁵, de ahí la denegación de la cobertura *ex* artículo 42.2 RD 84/1996. También se comparte con el Alto Tribunal los argumentos adicionales de que no se puede generar una legalización encubierta convirtiéndole en beneficiario de una prestación, ni fomentar así la inmigración clandestina. Sin embargo, no pueden desconocerse las reformas operadas en materia de extranjería que han ido reconociendo derechos al extranjero en situación irregular vinculados a la prestación válida de servicios. En este sentido, no cabe duda que la política migratoria española de los últimos años ha estado marcada por la finalidad de incentivar a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular (Apartado V de la Exposición de Motivos de la LO 8/2000), finalidad que se ve reforzada con la aprobación de la LO 14/2003, que apuesta decididamente por la lucha contra la inmigración ilegal. Sin embargo, también es verdad que la propia normativa vigente es consciente de que a pesar de este loable propósito, lo cierto es que existe una bolsa recurrente de inmigración laboral en situación irregular que

(25) En este contexto, cabe preguntarse si esta exigencia de autorización para trabajar se va a exigir también en el marco del sistema que pretende establecer el Gobierno a partir de septiembre fomentando la capitalización de la prestación abonándose buena parte de la misma en el Estado de origen del extranjero que retorna. El Gobierno ha anunciado en rueda de prensa que va a presentar un plan de medidas tendente a facilitar el retorno de los emigrantes extracomunitarios permitiendo la capitalización y exportación a su país de origen de la prestación por desempleo española a la que tuvieran derecho. Se recibirían dos pagos el 40% de la prestación en España y el 60% en el país de origen. Esta medida que se anuncia como permanente, parece ser que afectaría exclusivamente a los nacionales de los 20 Estados miembros con los que España ya tiene suscritos convenios bilaterales de Seguridad Social.

El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular

II

de facto se incorpora al mercado de trabajo. Ejemplos de ello los encontramos en la regulación de la figura de la residencia por arraigo (artículos LOEX) que, en última instancia, supone que el legislador prevé de antemano el incumplimiento de la regulación legal establecida y la ineficacia de la técnica meramente sancionadora, instrumentando un remedio “sanador” posterior que permite alcanzar la residencia legal. En esta misma línea se enmarca también la regulación contenida en el artículo 36.3 LOEX, que ha permitido que los extranjeros en situación irregular hayan ido consiguiendo, normativa y jurisprudencialmente (aunque no siempre por este orden), el reconocimiento progresivo de derechos laborales y de Seguridad Social. Lo que hemos venido denominado “el estatuto jurídico del trabajador extranjero irregular”²⁶ se ha caracterizado por ir sumando a su favor cada vez un mayor número de derechos haciendo abstracción de su situación administrativa.

La sentencia objeto de este comentario se aparta de dicha tendencia, al menos en lo relativo a derechos a prestaciones de Seguridad Social por contingencias comunes, pues vincula su atribución a la acreditación de una situación administrativa regular, apostando a favor de una línea de actuación, también presente en el ámbito comunitario, que pretende proteger cada vez más eficazmente a los trabajadores extranjeros en situación regular y restringir los derechos de los sujetos en situación irregular, marcando así una fuerte distancia entre el status jurídico de los sujetos autorizados administrativamente y los que carecen de autorizaciones²⁷.

En el ámbito nacional la tendencia contraria, esto es, la tuitiva de los derechos sociolaborales de los extranjeros en situación irregular ha seguido presente en algunas de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional a finales de 2007, cuestionando que la LOEX excluyera del disfrute de algunos derechos fundamentales a dichos sujetos.²⁸ Aunque es cierto que el legislador ha de definir, al amparo del artículo 13 CE, los derechos de los extranjeros en España pudiendo establecer ciertas condiciones para su ejercicio, hay que recordar que en esa tarea no goza de una libertad absoluta. En efecto, por un lado, cualquier limitación de los derechos de los extranjeros debe preservar otros derechos o bienes constitucionales protegidos guardando cierta proporcionalidad con la finalidad perseguida; por otro lado, en ocasiones se impone un trato

(26) P. CHARRO BAENA: “Trabajo irregular del extranjero y prestación por desempleo”, *Aranzadi Social*, núm. 21, 2006, BIB 2005/2739.

(27) Tendencia en la que se podría enmarcar la polémica 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”; normativa todavía pendiente de publicación; o el denominado “Pacto Europeo de inmigración” apoyado unánimemente por los ministros de los 27 Estados miembros a propuesta de Francia en una reunión informal celebrada el 9 de julio de este mismo año. Estado miembro que pretende desarrollar dicha política comunitaria de inmigración durante su presidencia partiendo del retorno de los extranjeros en situación ilegal y el apoyo a la integración de los extranjeros en situación regular. Premisas que no se alejan de las conclusiones adoptadas en el Consejo Europeo de Tampere ya en octubre de 1999.

(28) Estas sentencias, que se acompañan de votos particulares, fueron las siguientes: TCo 236/2007; TCo 259/2007; TCo 260/2007; 261/2007; 262/2007; 263/2007; 264/2007; 265/2007. Sobre ellas más ampliamente, véase, A. CEINOS SUAREZ: “Los derechos y libertades de los trabajadores extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000. Comentario a las sentencias TC 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre”, *Aranzadi Social*, BIB 2007/2781 y J. MERCADER UGUINA y M. NOGUEIRA GUASTAVINO: “Sentencias sociales del Tribunal Constitucional en el último trimestre de 2007”, *Actum Social*, núm. 12, pp. 64 y ss.

igualitario entre españoles y extranjeros, con independencia de su situación administrativa regular o irregular, respecto a derechos fundamentales imprescindibles para la dignidad humana. El TCo, teniendo en cuenta el contenido de dichos derechos fundamentales regulados en la Constitución y los Tratados internacionales, como canon de interpretación de las normas jurídicas, ha considerado inconstitucional la exclusión de su disfrute a los trabajadores en situación irregular por ser contraria a la dignidad humana como fundamento del orden público y de la paz social. En este sentido, se declararon inconstitucionales ciertos preceptos de la LOEX (LO 4/2000 modificada por la LO 8/2000) que denegaban a los trabajadores extranjeros en situación irregular su derecho a la reunión y manifestación (artículo 21 CE), su derecho de asociación (artículo 22.1 CE), su derecho a la libertad sindical (artículo 28 CE, artículo 11.1. LOEX y Convenio OIT núms. 87 y 88). Junto a su inconstitucionalidad también se declaró la nulidad de los preceptos de la LOEX que negaban a los extranjeros en situación irregular un derecho tan vinculado a la actividad profesional para cuyo ejercicio no están autorizados como es el derecho de huelga (artículo 28.2 CE y LOEX artículo 11.2; ver TCo 259/2007). En estos pronunciamientos además se confirmaría el derecho de este colectivo a la asistencia jurídica gratuita (Const. artículo 119 en relación con el artículo 24; ver TCo 236/2007) cuestión que ya parecía aclarada en la STCo 95/2003 y que propició la modificación de la Ley 1/1996 artículo 2 a través de la Ley 16/2005.

Finalmente, parece también cuestionable que el Tribunal Supremo limite la responsabilidad empresarial tomando como punto de partida de su argumentación que el trabajador extranjero es el culpable de su situación irregular. Olvidando que la infracción de trabajar sin autorización de residencia es grave (artículo 53 LOEX), y con autorización de residencia, aun sin la de trabajo, no es siquiera infracción; y sin valorar que la del empresario que contrata a trabajadores extranjeros no autorizados es infracción superior, esto es, muy grave (artículo 54 LOEX). La distinta gravedad en la conducta de trabajador (grave) y empresario (muy grave) ante la falta de autorizaciones tiene en cuenta la desigualdad intrínseca en el ámbito de las relaciones laborales entre trabajador y empresario, y que se manifiesta más descarnadamente, cuando el trabajador es extranjero; no se olvide que el obligado a solicitar la autorización de residencia laboral es el propio empresario.

Resulta excesivo siquiera insinuar que salvo en los casos de tráfico de mano de obra, existe una connivencia del extranjero en situación irregular y el empresario que impide que este último tenga responsabilidad de las propias prestaciones o de la propia indemnización por daños. Es especialmente llamativo que el TS fundamente este límite a la responsabilidad empresarial en la infracción administrativa del propio trabajador, sin plantearse tales consideraciones sobre la culpa o connivencia del trabajador irregular, respecto de otros supuestos en los que, en las mismas condiciones, no se duda por ejemplo en otorgar una indemnización tasada empresarial por despido improcedente. Entendemos que la vía de responsabilidad civil por daños por la pérdida de la cobertura que hubiera conseguido de estar autorizado debería continuar abierta y sujeta a la valoración de los jueces del caso concreto²⁹.

(29) Insistiendo en la posibilidad de que el extranjero en situación irregular pueda acudir siempre a esta vía de la responsabilidad civil frente a la empresa para reclamar sus prestaciones por contingencias comunes J. CABEZA PEREIRO: op. cit., p. 300.

El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular

II

Además, la limitación de la responsabilidad empresarial que el TS propone provoca un efecto pernicioso que el propio Tribunal había criticado y que era precisamente uno de los argumentos empleados por los TSJ que defendían el otorgamiento de la prestación por desempleo a los extranjeros en situación irregular. En efecto, el límite a la responsabilidad podría fomentar la utilización profesional de extranjeros en situación irregular al ser económicamente más ventajoso para el empresario que la contratación de un trabajador español al que no hubiese dado de alta y por el cual no hubiera cotizado, sujeto a favor del cual siempre tendría que hacerse responsable de las prestaciones ex artículo 126.2 LGSS. En todo caso, si no se quiere indemnizar al extranjero en situación irregular, por su supuesta responsabilidad en su situación irregular, habría que idear un sistema que evitase ese enriquecimiento injusto del empresario. *Lege ferenda* se podría defender que el abono del monto de la prestación por desempleo a modo de indemnización no revertiese en el extranjero irregular que no cumple los requisitos para estar en situación por desempleo, sino que se configure como una sanción a abonar por el empresario a la TGSS. Se trataría de asumir el mismo modelo que se sigue respecto de la cotización impagada, compensando al propio Sistema de Seguridad Social damnificado, sin beneficiar al extranjero en situación irregular. Así, por ejemplo, con esa cantidad se resarciría al Sistema de las prestaciones de desempleo que se hubieran estado abonando a trabajadores nacionales o autorizados a trabajar, en un contexto de desempleo creciente, y que podrían haber sido hipotéticamente empleados por dicho empresario que se decantó por un extranjero en situación irregular.

En suma, el alcance del derecho a la Seguridad Social de los extranjeros en situación irregular sigue planteando muchos interrogantes que deberían ser solucionados por el legislador de forma inequívoca, evitando construcciones jurisprudenciales controvertidas que, pese a sus intentos clarificadores, siguen planteando muchos interrogantes.

The page features a decorative design with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands intersect this line, creating a cross-like structure. The top band is wider and contains the title text. The bottom band is narrower and is positioned below the title.

Crónicas legislativas

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

SUMARIO

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

III. Fuentes de la Unión Europea.

I. FUENTES INTERNAS

- Real Decreto 748/2008, de 9 de mayo, por el que se regula la Comisión Estatal contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte (BOE núm. 120, del 17).
- 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 (BOE núm. 134, de 3 de junio).
- 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).
- Real Decreto 909/2008, de 30 de mayo, por el que se crean las Consejerías de Interior en las Misiones Diplomáticas Permanentes de España en Alemania, Andorra, Argelia, Argentina, Brasil, Chile, China, Colombia, Cuba, Ecuador, Estados Unidos de América, El Salvador, Francia, India, Israel, Italia, Marruecos. México, Pakistán, Portugal, Reino Unido, Rusia, Senegal, Turquía y Venezuela (BOE núm. 143, de 13 de junio).
- Real Decreto 1123/2008, de 4 de julio, sobre pasaportes diplomáticos (BOE núm. 165, del 9).

II. FUENTES INTERNACIONALES

- Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre cooperación transfronteriza en materia policial y aduanera, hecho *ad referendum* en Évora el 19 de noviembre de 2005 (BOE núm. 67, de 18 de marzo de 2008).
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).
- Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008).
- Acuerdo Marco de Cooperación entre el Reino de España y la República de Mali, hecho en Madrid el 3 de enero de 2007 (BOE núm. 130, de 29 de mayo de 2008; c.e. BOE de 3 de junio).
- Aplicación provisional del Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Mali, hecho en Madrid el 23 de enero de 2007 (BOE núm. 135, de 4 de junio de 2008).
- Aplicación provisional del Canje de Cartas entre el Reino de España y las Naciones Unidas para la celebración de la reunión de un grupo de expertos titulada “Haciéndolo funcionar: La participación de la Sociedad Civil en la aplicación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad”, hecho en Nueva York el 15 y 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 146, de 17 de junio de 2008).
- Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y la República Dominicana sobre el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de misiones diplomáticas y oficinas consulares, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2003 (BOE núm. 151, de 23 de junio 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).
- 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).
- Acuerdo interno entre los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, por el que se modifica el Acuerdo interno de 18 de septiembre de 2000 relativo a las medidas y los procedimientos que deben adoptarse para la aplicación del Acuerdo de Asociación ACP-CE, hecho en Luxemburgo el 10 de abril de 2006 (BOE núm. 160, de 3 de julio).

Crónicas legislativas

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Instrumento de Ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000 (BOE núm. 64, de 14 de marzo de 2008).
- Decisión del Consejo, de 28 de febrero de 2008, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad Europea, y a la aplicación provisional de determinadas disposiciones del Protocolo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein sobre la adhesión del Principado de Liechtenstein al Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen (DOUE L, 83, de 26 de marzo).
- Decisión del Consejo, de 28 de febrero de 2008, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional de determinadas disposiciones del Protocolo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein sobre la adhesión del Principado de Liechtenstein al Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen (DOUE L, 83, de 26 de marzo).
- Decisión núm. 1/2008 del Comité mixto UE/Suiza creado por el Acuerdo celebrado entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de este Estado a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, de 28 de febrero de 2008, por la que se modifica su reglamento interno (DOUE L, 83, de 26 de marzo).
- Reglamento (CE) núm. 296/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, que modifica el Reglamento (CE) núm. 562/2006, por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (DOUE L, 97, de 9 de abril).
- 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 Boletín Oficial del Estado núm. 156 de 1 de julio de 1982), hecho en París el 13 de diciembre de 1957 (BOE núm. 92, de 19 de abril de 2008).
- Decisión de la Comisión de 30 de abril de 2008 por la que se modifican las Decisiones 2001/881/CE y 2002/4569/CE en lo relativo a la lista de puestos de inspección fronterizos (DOUE L, 136, de 24 de mayo).
- Reglamento (CE) núm. 380/2008 del Consejo de 18 de abril de 2008 que modifica el Reglamento (CE) núm. 11030/2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (DOUE L, 136, de 24 de mayo).

Crónicas legislativas

- Decisión del Consejo, de 29 de abril 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, 129, de 17 de mayo).
- Decisión del Consejo, de 14 de mayo de 2008, por la que se crea una Red Europea de Migración (DOUE L, 131, del 21).
- Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOUE L, 136, del 24).
- Decisión del Consejo, de 5 de junio de 2008, relativa a la aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen sobre el Sistema de Información de Schengen en la Confederación Suiza (DOUE L, 149, del 7).
- Decisión del Consejo, de 5 de junio de 2008, relativa a la descalcificación del anexo 4 del Manual Sirene adoptado por el Comité Ejecutivo establecido por el artículo 132 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (“Convenio de Schengen de 1990”) (DOUE L, 149, del 7).
- Decisión del Consejo y de la Comisión, de 26 de mayo de 2008, relativa a la celebración de un Protocolo del Acuerdo de Colaboración y Cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Armenia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea (DOUE L, 151, de 11 de junio).
- Decisión del Consejo y de la Comisión, de 26 de mayo de 2008, relativa a la celebración de un Protocolo del Acuerdo de colaboración y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea (DOUE L, 151, de 11 de junio).
- Decisión del Consejo, de 5 de junio de 2008, por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, y por la que se autoriza a algunos Estados miembros a formular una declaración sobre la aplicación de las normas internas correspondientes del Derecho comunitario (DOUE L, 151, de 11 de junio).
- Decisión núm. 582/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 por la que se establece un régimen simplificado de control de las personas en las fronteras exteriores basado en el reconocimiento unilateral por Bulgaria, Chipre y Rumanía de determinados documentos como equivalentes a sus visados nacionales para fines de tránsito por sus territorios (DOUE L, 161, del 20).

Crónicas legislativas

- Decisión núm. 586/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, que modifica la Decisión núm. 896/2006/CE, por la que se establece un régimen simplificado de control de las personas en las fronteras exteriores basado en el reconocimiento unilateral por los Estados miembros de determinados permisos de residencia expedidos por Suiza y Liechtenstein para fines de tránsito por sus territorios (DOUE L, 162, del 21).
- Decisión de la Comisión, de 5 de marzo de 2008, por la que se establecen las normas de aplicación de la Decisión núm. 574/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Fondo para las fronteras exteriores para el período 2007 a 2013 como parte del programa general “Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios”, por lo que se refiere a los sistemas de los Estados miembros de gestión y control, las normas de gestión administrativa y financiera y la elegibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el Fondo *[notificada con el número C(2008) 789]* (DOUE L, 167, del 27).
- Decisión de la Comisión, de 5 de marzo de 2008, por la que se establecen las normas de aplicación de la Decisión 2007/435/CE del Consejo por la que se establece el Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países para el período 2007 a 2013 como parte del Programa general “Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios”, por lo que se refiere a los sistemas de los Estados miembros de gestión y control, las normas de gestión administrativa y financiera y la elegibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el Fondo *[notificada con el número C(2008) 795]* (DOUE L, 167, del 27).
- Decisión de la Comisión, de 5 de marzo de 2008, por la que se establecen las normas de aplicación de la Decisión núm. 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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”, en lo que respecta a los sistemas de gestión y control de los Estados miembros, las normas sobre la gestión administrativa y financiera y la elegibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el Fondo *[notificada con el número C(2008) 796]* (DOUE L, 167, del 27).
- Directiva 2008/65/CE de la Comisión de 27 de junio de 2008 que modifica la Directiva 91/439/CEE sobre el permiso de conducción (DOUE L, 168, del 28).
- Decisión de la Comisión de 8 de abril de 2008 que modifica la Decisión 2001/781/CE por la que se aprueba un manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables, en cumplimiento del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (DOUE L, 173, de 3 de julio).
- Decisión del Consejo de 23 de junio de 2008 por la que se modifica el anexo I del Acta de adhesión de Bulgaria y Rumanía (DOUE L, 174, de 3 de julio).
- Reglamento (CE) núm. 592/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, relativo a la aplicación

Crónicas legislativas

de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOUE L, 177, de 4 de julio).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Marco plurianual de la agencia de derechos fundamentales de la UE período 2007-2012

Teniendo presentes los objetivos de la fundación de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y para permitir a la Agencia desempeñar correctamente sus funciones, deben fijarse los ámbitos temáticos precisos de su actividad en un marco plurianual con una duración de cinco años. Este marco deberá incluir, entre los ámbitos temáticos de actividad de la Agencia, la lucha contra el racismo, la xenofobia y la intolerancia asociada a los mismos. Asimismo, deberá respetar las prioridades fijadas por la UE, teniendo en cuenta las orientaciones que emanan de las resoluciones del Parlamento Europeo y de las conclusiones del Consejo en materia de derechos fundamentales. Por último, el marco plurianual deberá tener en cuenta debidamente los recursos financieros y humanos de la Agencia y depender únicamente del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

(10 de marzo de 2008).

Nuevo centro europeo de políticas migratorias

Una de las grandes prioridades de la UE es la concepción y puesta en marcha, en el ámbito de la migración, de una política europea eficaz y preactiva que beneficie a la vez a los Estados miembros de la UE, a sus ciudadanos y a los inmigrantes que reciben. La estrategia migratoria europea, que cubre dominios tales como las necesidades del mercado de empleo, los cambios demográficos, la integración de los inmigrantes en sociedades cada vez más multiculturales y multiétnicas, así como la lucha contra la inmigración clandestina, tiene también como finalidad asegurar un espacio seguro para la libre circulación de sus ciudadanos. Para apoyar las políticas que requieren estos cambios tan complejos, la UE debe crear una plataforma especial donde la investigación se vincule a la evolución de las necesidades ligadas al proceso de elaboración de políticas en el dominio de la gestión de los flujos migratorios. Se espera que el nuevo centro europeo entre en funcionamiento a lo largo del otoño de 2008.

(10 de marzo de 2008).

Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo de la Directiva de mediación civil y mercantil

La Comisión Europea ha remitido al Parlamento Europeo la posición común sobre la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que tiene

(*) Boletín elaborado por la Delegación en Bruselas del Consejo General de la Abogacía Española en colaboración con la *Délégation des Barreaux de France* y la *Deutscher Anwaltverein*.

Europa en breve

II

por objeto facilitar el acceso a la resolución de conflictos y promover el acuerdo amistoso, fomentando el uso de la mediación y asegurando una relación dinámica entre la mediación y los procedimientos judiciales. El texto de la posición común apoya la limitación del ámbito de la Directiva a los asuntos transfronterizos, siguiendo una interpretación restrictiva del artículo 65 del Tratado CE, así como las disposiciones sobre los plazos de caducidad y prescripción del artículo 8 que obliga a los Estados miembros a garantizar a las partes a recurrir al arbitraje si falta su tentativa de mediación. Por otro lado, el Consejo de la UE no permite la aplicación de la Directiva por medio de acuerdos voluntarios entre las partes y obliga a publicar el Código de conducta europeo en internet.

(10 de marzo de 2008).

21 de marzo, día internacional para la erradicación de la discriminación racial

La Agencia de Derechos Fundamentales de la UE, junto con la Oficina de Asuntos Democráticos y Derechos Humanos de la OCDE y la Comisión contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa, han firmado una declaración conjunta con motivo de este día. Estas tres organizaciones condenan todo tipo de discurso que exponga ideas de superioridad de raza, color de piel, idioma, religión, nacionalidad u origen étnico. El 21 de marzo fue institucionalizado como día internacional para la erradicación de la discriminación racial en conmemoración de la matanza de 69 pacifistas en Sudáfrica en 1960, por protestar contra la política del "Apartheid".

(17 de marzo de 2008).

El CESE desea políticas humanas de asilo, envejecimiento de la sociedad y empleo juvenil

Durante su Pleno de los días 12 y 13 de marzo de 2008, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) ha aprobado tres dictámenes clave sobre el sistema europeo común de asilo, los sistemas de cuidados de larga duración para personas de edad avanzada y el empleo juvenil. En el primero de ellos, sobre "El futuro sistema europeo común de asilo", el Comité respalda la adopción de un sistema de asilo justo y pide que se respeten los convenios internacionales, las Directivas europeas que siguen la legislación internacional y humanitaria y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa. Asimismo y a petición de la Presidencia eslovena, el CESE ha elaborado un dictamen exploratorio sobre "Cómo garantizar el acceso universal a los cuidados de larga duración y la sostenibilidad financiera de los sistemas de cuidados de larga duración para las personas de edad avanzada". En él pide al Consejo Europeo, a la Comisión y a los Estados miembros que afronten urgentemente los problemas del envejecimiento de la población, para garantizar que todas las personas de edad avanzada reciban la ayuda y los cuidados de calidad que precisan. Y por último, el último dictamen aprobado versa sobre "El papel de los interlocutores sociales en la mejora de la situación de los jóvenes en el mercado de trabajo" y acoge con satisfacción que la Presidencia eslovena haya decidido ocuparse de la integración de los jóvenes en el mundo

Europa en breve

II

laboral, pues hoy es uno de los mayores desafíos para la Unión Europea y refleja los objetivos de la Estrategia de Lisboa revisada para el crecimiento y el empleo.
(17 de marzo de 2008).

Declaración de la presidencia de la UE sobre los Derechos Humanos en China

Tras las gestiones realizadas ante las autoridades chinas en relación con la situación de los derechos humanos, D. Hu Jia, la Unión Europea sigue muy preocupada por el hecho de que siga detenido. La UE cree saber que se le acusa de “incitación a la subversión del poder del Estado”, por haber escrito artículos y haber concedido entrevistas en las que se mostraba crítico con respecto al Gobierno chino. La UE estima que respetar el derecho a la libertad de expresión y demás derechos humanos, tales como el derecho a no ser objeto de una detención arbitraria, no sólo es esencial para la prosperidad económica y la estabilidad social a largo plazo, sino que se justifica por sí mismo. Habida cuenta del diálogo UE-China sobre los derechos humanos, las orientaciones de la UE sobre los defensores de los derechos humanos y los compromisos contraídos por China, a nivel nacional e internacional, la UE solicita a las autoridades chinas que liberen a D. Hu Jia y a la totalidad de escritores, periodistas y demás personas detenidas por haber expuesto casos de violaciones de los derechos humanos o por haberse manifestado contra tales violaciones, y que se abstengan de realizar nuevas detenciones por estos motivos. La UE desea subrayar que con nuevas liberaciones de este tipo China demostraría su compromiso a favor del Estado de Derecho y de los principios reconocidos a nivel internacional en materia de derechos humanos, recogidos en particular en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(24 de marzo de 2008).

Concluye la ampliación del espacio Schengen

Desde el 21 de diciembre de 2007, Estonia, la República Checa, Lituania, Hungría, Letonia, Malta, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia, forman parte del espacio Schengen. El pasado domingo 30 de marzo de 2008 a las 0:00 horas ha concluido el proceso de ampliación con la supresión de los controles fronterizos aéreos entre estos países y con los 15 Estados que ya formaban parte del sistema Schengen. A partir de ahora, se podrá viajar de un aeropuerto al otro en el espacio Schengen ampliado sin ninguna formalidad especial. Esto tendrá el efecto positivo de reducir las colas y agilizar los procedimientos de vuelo para los ciudadanos de la UE y otras personas que vuelen en el espacio Schengen. Obviamente, las compañías aéreas mantendrán los controles de identidad en la facturación y el embarque. La supresión de los controles fronterizos aéreos en el espacio Schengen ampliado es el resultado de la decisión adoptada en noviembre de 2007, en la que los Ministros de Justicia e Interior de la UE concluyeron que todos los países candidatos cumplían los criterios del acervo de Schengen.

(31 de marzo de 2008).

Europa en breve

II

Encuentro del grupo de alto nivel sobre el futuro de la política de interior de la UE

El grupo de alto nivel formado en febrero de 2007 para establecer las prioridades de la política comunitaria de interior, se reúne esta semana en Brdo (Eslovenia). Este grupo está formado por 7 miembros, los 3 ministros de interior del trío vigente de presidencias de la UE (Alemania, Portugal y Eslovenia), los 3 ministros de interior del siguiente trío (Francia, República Checa y Suecia), y 1 del trío siguiente (a repartir entre España, Bélgica y Hungría). El objetivo principal de trío es establecer las bases de la política europea de interior una vez que finalice la aplicación del programa de La Haya en 2010.

(31 de marzo de 2008).

Opinión del SEPD sobre la utilización de la biométrica en los pasaportes

El Supervisor europeo de protección de Datos (SEPD), ha dado su opinión a la Comisión Europea en relación con la proposición que revisaba el reglamento del 2004, en la que se establecen las normas mínimas para los dispositivos de seguridad y los elementos biométricos integrados en los pasaportes y los documentos de viaje. El SEPD ha considerado que las disposiciones introducidas por la Comisión para asegurar la identificación digital de las personas no son suficientes para remediar las imperfecciones de la biométrica. Para reforzar el sistema establecido, el SEPD propone una serie de recomendaciones como aplicar el principio de un pasaporte una persona, mejorar la armonización de la aplicación del reglamento 2252/2004 y establecer un límite de edad tanto para las personas mayores como para los niños. Por último, el SEPD recuerda que estas limitaciones no discriminan a las personas citadas, sino que aseguran la eficacia de los dispositivos de seguridad aplicando el principio de precaución.

(31 de marzo de 2008).

Informe del Parlamento Europeo sobre los derechos humanos en el mundo

La Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo ha adoptado un informe sobre los derechos humanos en el mundo, durante el año 2007. Este informe pone de manifiesto la preocupación de la UE por las violaciones de los derechos humanos en países como China, Irán y Rusia, así como los esfuerzos europeos para promover la aplicación de estos derechos a través de sus políticas. El objetivo prioritario de este informe es que los diferentes Estados miembros elaboren políticas que eliminen toda forma de discriminación y de violencia contra las mujeres y los niños, con el fin de promover los derechos fundamentales en el mundo por medio del diálogo y la consulta con los países cooperantes.

(7 de abril de 2008).

Europa en breve



Cualificaciones profesionales: procedimiento de infracción contra España

La Comisión Europea ha decidido enviar un dictamen motivado a tres Estados miembros, a saber, Bélgica, la República Checa y España, por no haber comunicado las medidas de transposición de la Directiva 36/2005 CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. Esta Directiva es el resultado de la reforma del régimen de reconocimiento de las cualificaciones profesionales iniciada por la Comisión Europea para contribuir a la flexibilidad de los mercados laborales, lograr una mayor liberalización de la prestación de servicios, favorecer un carácter más automático del reconocimiento de las cualificaciones y simplificar los procedimientos administrativos.

(7 de abril de 2008).

Estrategia europea sobre los derechos del niño

La Comisión Europea se ha comprometido a seguir desarrollando su estrategia específica sobre Derechos del niño, establecida en una Comunicación de 2006, y de la que ya se han desarrollado varias acciones y programas, abarcando ámbitos tanto internos como internacionales y temas tales como el tráfico y abuso sexual, violencia contra los niños, discriminación, pobreza infantil, exclusión social, trabajo infantil, salud y educación. Asimismo, la Comisión ha establecido el número europeo 116000 para denunciar desapariciones de niños; pretende que los Estados miembros lo apliquen también en territorio nacional e incluso que se establezcan conexiones transfronterizas.

(14 de abril de 2008).

Europol será agencia europea en 2010

El Centro de Coordinación policial europea con sede en La Haya (Holanda) pasará a formar parte de la familia de organismos de la UE a partir del 1 de enero de 2010. Después de 15 meses de discusiones en el seno del Consejo de la UE, los Estados miembros han llegado a un acuerdo sobre el conjunto de la Decisión, que conferirá a la agencia europea el estatus de “Oficina Policial Europea/ Europol”. El objetivo de dicha decisión es doble: por un lado reemplazar el convenio actual de Europol por una Decisión del Consejo de la UE, con el fin de permitir una adaptación más rápida de su propio marco jurídico a la evolución paralela de los distintos fenómenos criminales, y por otra parte, reemplazar la financiación intergubernamental por una financiación comunitaria.

(21 de abril de 2008).

Cooperación reforzada entre la UE y Rusia en el área de libertad, seguridad y justicia

Con ocasión del octavo encuentro del Consejo de Asociación Permanente entre la UE y Rusia (PPC, en sus siglas en inglés), en materia de Libertad, Seguridad y Justicia, el Vicepresidente de la

Europa en breve

II

Comisión Europea, Jacques Barrot (quien actualmente sustituye al Comisario Franco Frattini), ha señalado la importancia de la continuidad de esta cooperación bilateral. Los temas discutidos en dicho encuentro han versado sobre la posibilidad de un visado conjunto UE-Rusia, el tráfico de drogas proveniente de Afganistán, la intención de elaborar un seminario bilateral sobre ciber-delitos y el estado de sus relaciones en cuanto a cooperación en materia penal.

(28 de abril de 2008).

El Parlamento Europeo aprueba la Directiva sobre mediación en materia civil y mercantil

El pasado 23 de abril el Parlamento Europeo adoptó la Directiva que recoge aspectos sobre mediación civil y mercantil. Esta Directiva tiene como objeto facilitar el acceso a los procedimientos de resolución de conflictos transfronterizos y favorecer la resolución amistosa de litigios a través de la mediación, garantizando una relación sana entre ésta y los procedimientos judiciales. Esta nueva Directiva forma parte de las dos acciones derivadas de la publicación del Libro Verde sobre modos alternativos de resolución de conflictos, publicado por la Comisión Europea en 2002. La otra acción derivada fue la publicación en julio de 2004 de un Código de conducta europeo para los mediadores, redactado de forma conjunta por la Comisión y un grupo de expertos en esta área en el que participó el CGAE.

(28 de abril de 2008).

Informe del Parlamento Europeo sobre los derechos humanos en el mundo

El Parlamento Europeo ha destacado en su informe anual de 2007 sobre los derechos humanos, su preocupación por la situación de algunos países como Irán, China y Rusia. El informe aborda tres temas fundamentales: la moratoria sobre la pena de muerte establecida por la ONU, la lucha contra las discriminaciones de género y la protección de los derechos de los niños. También se ha hecho un llamamiento a China para que resuelva su situación respecto al Tíbet; a Irán para que respete la libertad de expresión y a Rusia para que libere a sus prisioneros políticos. Los eurodiputados han analizado los esfuerzos que debe realizar la Unión Europea para llevar a cabo una política más coherente que promueva los derechos humanos en el mundo.

(19 de mayo de 2008).

Reunión agencia derechos fundamentales y organizaciones de derechos humanos

La Agencia europea de Derechos Fundamentales, organizó el pasado 16 de mayo en su sede de Viena (Austria), un primer encuentro con organizaciones e instituciones dedicadas a la defensa de los Derechos Humanos, radicadas en los Estados miembros pertenecientes a la UE. El objetivo principal del encuentro ha sido establecer las bases para consolidar una relación fructífera y beneficiosa entre la Agencia y estas instituciones, que son vistas, a nivel nacional, como instrumentos de promoción y protección de los Derechos Humanos.

(19 de mayo de 2008).

Europa en breve

II

Diálogo entre la UE y China sobre los derechos humanos

La Presidencia Eslovena del Consejo de la UE y China han mantenido en Brdo (Eslovenia), el día 15 de mayo, un diálogo para fomentar los derechos humanos entre la Unión Europea y China. Se han abordado diversas cuestiones relativas a los derechos humanos tales como la libertad de expresión, los derechos de las minorías y la cooperación con los foros de las Naciones Unidas. Además la UE ha hecho un llamamiento a China para que ratifique el Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos, de manera que libere a los prisioneros de Tiananmen y suprima el sistema de reeducación por el trabajo. Igualmente, la UE ha expresado su preocupación respecto a las restricciones continuas de la libertad de expresión en China, así como las violaciones de los derechos humanos en el Tíbet. Por último, se ha puesto de manifiesto que el próximo diálogo será organizado por la Presidencia francesa del Consejo de la UE, el 2.º semestre de 2008 en Beijing (China).

(19 de mayo de 2008).

Aprobada la Directiva 52/2008 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles

La UE se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde esté garantizada la libre circulación de personas. Con este fin debe adoptar, entre otras cosas, las medidas de cooperación judicial en materia civil que sean necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior. En abril de 2002, la Comisión presentó un Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil en el que hacía balance de la situación imperante en lo que respecta a métodos de solución en la Unión Europea y con el que inició una amplia consulta con los Estados miembros y las partes interesadas sobre posibles medidas para promover el uso de la mediación. La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos. Las disposiciones de la presente Directiva solo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional. El CGAE que ya participó en la consulta y en el grupo de expertos para el Código de Conducta de mediadores estudiará su implementación a través de un grupo de expertos que encabeza la abogada Juana Balmaseda.

(26 de mayo de 2008).

Nueva red europea de migración

El objetivo de la nueva Red Europea de Inmigración, REM, será atender a las necesidades de información de las instituciones comunitarias y de las autoridades e instituciones de los Estados miembros sobre la migración y el asilo, proporcionando información actualizada, objetiva, fiable

Europa en breve

II

y comparable sobre la migración y el asilo, con objeto de apoyar la elaboración de políticas en la Unión Europea en estos ámbitos. En noviembre de 2004 se creó el Programa de La Haya reconociendo que “el desarrollo continuo de la política europea de asilo y migración debe basarse en un análisis común de los fenómenos migratorios en todos sus aspectos”. Para consultar a los participantes interesados sobre el futuro de la REM, la Comisión adoptó el 28 de noviembre de 2005 un “Libro Verde sobre el futuro de la Red Europea de Migración”. La REM deberá evitar la duplicación innecesaria del trabajo de los instrumentos o estructuras comunitarios existentes, cuyo propósito es recoger e intercambiar información en los ámbitos de la migración y del asilo, y deberá ofrecer un valor añadido con respecto a ellos, en particular gracias a una amplia gama de tareas, haciendo hincapié en el análisis, los vínculos con la comunidad académica y el acceso del público a su producción.

(26 de mayo de 2008).

La Comisión Europea adopta un sistema electrónico de antecedentes penales

La Comisión Europea ha adoptado una proposición del Consejo de la UE, que pretende poner en funcionamiento un sistema europeo de información electrónica, a través del cual se puedan conocer los antecedentes penales de los delincuentes. Este sistema permitirá que los jueces, los miembros de ministerios públicos y las autoridades policiales puedan intercambiar información sobre las condenas que han cumplido anteriormente este tipo de personas, y además de qué tipo y durante cuánto tiempo. Además, este conjunto de profesionales podrá tener acceso de manera inmediata a toda clase de información sobre las disposiciones que son de aplicación en los diversos sistemas judiciales penales previstos en los 27 Estados miembros de la UE. En conclusión, el objetivo de esta proposición es prevenir la criminalidad transfronteriza y garantizar la transmisión de la información.

(2 de junio de 2008).

La Comisión Europea aprueba la norma de la UEFA sobre la libre circulación

La Comisión Europea ha publicado un estudio sobre la nueva norma adoptada por la UEFA, que establece que los clubes deportivos que pretendan participar en la *Champions League* y en la Copa de la UEFA deben contar en sus equipos con un número mínimo de jugadores que hayan formado parte de sus clubes nacionales durante un período mínimo de 3 años. El estudio ha considerado que la norma adoptada por la UEFA es compatible con el principio de libre circulación de las personas, de modo que no existe ningún tipo de discriminación directa basada en la nacionalidad e indirecta ya que las medidas tomadas son proporcionadas al objetivo legítimo. Asimismo, este objetivo legítimo está justificado conforme al interés general de promover la actividad deportiva, ya que el fin que se persigue es fomentar la formación de los jugadores profesionales de fútbol en el ámbito de la Unión Europea. En conclusión, la Comisión europea vigilará la puesta en práctica de esta norma por la UEFA y procederá a analizar sus consecuencias en el horizonte de 2012.

(2 de junio de 2008).

Europa en breve

II

Medidas contra España por no trasponer normas transfronterizas

La Comisión europea ha decidido incoar procedimientos de infracción contra 11 Estados miembros de la UE (Bélgica, Grecia, España, Francia, Italia, Lituania, Letonia, los Países Bajos, Portugal, Suecia y Eslovenia), por no haber incorporado en sus disposiciones nacionales la Directiva que facilita las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital. Esta Directiva pretende garantizar la buena gobernanza empresarial en la UE, de modo que establece un marco sencillo para las fusiones que tienen lugar dentro de un mismo país y evita la liquidación las sociedades adquiridas. Asimismo, contiene disposiciones especiales aplicables a las sociedades cooperativas y hace extensible los regímenes de participación de los trabajadores en las fusiones transfronterizas. La Comisión Europea ha dispuesto que los Estados miembros deberán presentar los dictámenes motivados en el plazo de dos meses, según establece el artículo 226 del Tratado CE, en caso contrario se planteará el asunto ante el TJCE.

(9 de junio de 2008).

Directiva de retorno: CCBE y CGAE apoyan los debates en el Parlamento Europeo

El Consejo de la Abogacía Europea (CCBE), a propuesta de su Comisión de Derechos Humanos, ha enviado hoy una carta al Parlamento Europeo para destacar que el acceso a la justicia y el derecho a la asistencia jurídica gratuita son un derecho fundamental y universal de toda persona que debe garantizarse por la Directiva sobre el Retorno de personas en situación irregular, que se presenta hoy en Estrasburgo sin discriminación por origen o nacionalidad. CCBE se opone a que la detención y la privación de libertad que puede llegar a alcanzar los 12 o los 18 meses, estén basadas en una decisión administrativa y considera que tal decisión debería tomarse por una autoridad judicial. A este respecto, el Consejo General de la Abogacía Española ha señalado la necesidad de aclarar la previsión legislativa respecto al plazo. La redacción puede crear inseguridad jurídica en torno a la interpretación de los 12 ó 18 (12+ 6) meses de detención máxima y con el Convenio del Consejo de Europa sobre extradición. Este Convenio, ratificado por los 27 Estados miembros, prevé que la detención preventiva no podrá exceder en ningún caso los 40 días de duración. A este respecto, el presidente del CGAE, Carlos Carnicer, ha recordado recientemente que “las personas en situación irregular no son delincuentes” y que “los centros de detención son auténticas cárceles”.

(16 de junio de 2008).

El Parlamento Europeo aprueba la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales

El Parlamento Europeo ha aprobado con el apoyo del Consejo de la UE, la llamada “Directiva de retorno” que introduce una serie de normas comunes que fomentan el retorno de inmigrantes ilegales procedentes de países no comunitarios y que no se encuentran amparados por la solitud de residencia y asilo. Estas normas comunes establecen que los Estados miembros de la UE deberán aplicar estándares mínimos para la retención temporal, con períodos máximos de internamiento que tendrán un límite máximo de 6 meses, pudiéndose extender a 12 meses o más en determinados casos. Además, tendrán que proporcionar asistencia legal gratuita a los inmigrantes sin recursos, en función de las distintas legislaciones nacionales e introducirán

Europa en breve

II

una serie de garantías a favor de las personas expulsadas para evitar las repatriaciones arbitrarias o colectivas. Igualmente, la Directiva define el procedimiento de la orden de expulsión que prohibirá el reingreso de los inmigrantes en cualquier país de la UE durante un período de tiempo de 5 años. En conclusión, el PE ha determinado que el Consejo de la UE aprobará dicho texto de manera definitiva el próximo mes de julio y dará un plazo de 24 meses para que sea adoptado por las disposiciones nacionales de los Estados miembros.

(23 de junio de 2008).

El Parlamento Europeo recomienda mejorar el intercambio de los antecedentes penales

El Pleno del Parlamento Europeo ha introducido dos recomendaciones principales que reforzarían la propuesta de la decisión marco del Consejo de la UE relativa al intercambio de información de los antecedentes penales entre los países de la UE. La primera recomendación establece que sería necesario facilitar la comunicación entre las autoridades judiciales, de modo que se pueda impedir la contratación de personas que tengan antecedentes penales en los diversos Estados miembros de la UE. La segunda recomendación determina que deberá protegerse la transmisión de determinadas “categorías especiales” de datos personales como la raza, etnia, religión, orientación sexual, historial sanitario o convicciones políticas. Por lo tanto, estos datos sólo se podrán intercambiar cuando las autoridades judiciales estimen que son absolutamente necesarios en un determinado asunto y adopten las salvaguardias específicas.

(23 de junio de 2008).

Modificación de la red judicial europea en materia civil y mercantil

El Consejo ha emitido una propuesta de modificación de la Red Judicial en Europea en materia civil y mercantil. La Red fue creada el 28 de mayo de 2001 por el Consejo a través de la Decisión núm. 2001/470/CE. La creación de dicha Red tiene su origen en la idea de que la instauración progresiva de un espacio de libertad, seguridad y justicia requería mejorar, simplificar y acelerar la cooperación judicial entre los Estados miembros. La Red debía también favorecer el acceso de los ciudadanos a la justicia en el marco de litigios con incidencia transfronteriza mediante la instauración progresiva de un sistema de información destinado al público. A principios de 2008, la Red contaba con 437 miembros, distribuidos en cuatro categorías, lo que representa 102 puntos de contacto, 140 autoridades centrales, 12 magistrados de enlace y otras 181 autoridades judiciales que ejercen actividades en materia de cooperación judicial. El objetivo general de la propuesta de modificación actual consiste en reforzar el papel de la Red en sus tareas de cooperación judicial entre los Estados miembros y, en particular, la aplicación efectiva y concreta por los jueces y los demás profesionales del Derecho de los actos comunitarios y de los convenios en vigor entre los Estados miembros. Tiene por objeto también consolidar el papel de la Red en materia de acceso efectivo de los ciudadanos a la justicia en el marco de litigios transfronterizos.

(30 de junio de 2008).

Europa en breve

II

La Comisión Europea financia nuevas iniciativas de justicia transnacional

La Comisión Europea ha creado un mecanismo de financiación dotado con 12 millones de euros en el marco del Instrumento de Estabilidad para prestar ayuda oportuna y focalizada a los tribunales *ad hoc* y respaldar iniciativas de justicia transnacional en el mundo. Se trata de alentar la reconciliación y de ayudar a construir una paz duradera tras las crisis. Gracias a este mecanismo, la Comisión podrá movilizar rápidamente recursos en forma de asesoramiento estratégico y de asistencia técnica, logística y económica, para apoyar intervenciones y proyectos concretos. Este nuevo mecanismo de financiación creado por la CE en el marco del Instrumento de Estabilidad proporcionará una ayuda adicional a los tribunales penales internacionales, así como a las comisiones para la verdad y la reconciliación. Además, servirá para respaldar los mecanismos de resolución jurídica de denuncias en materia de derechos humanos y reivindicación y declaración de derechos de propiedad, establecidos de conformidad con los derechos humanos internacionales y los criterios del Estado de Derecho. También contemplará la posibilidad de apoyar las medidas de reforma institucional destinadas a evitar que se vuelvan a producir vulneraciones graves. Los socios que se encargarán de la ejecución son organizaciones internacionales y regionales, agentes estatales y no estatales, tribunales especiales y comisiones para la verdad.

(30 de junio de 2008).

Niños inmigrantes y educación: un reto para los sistemas educativos de la UE

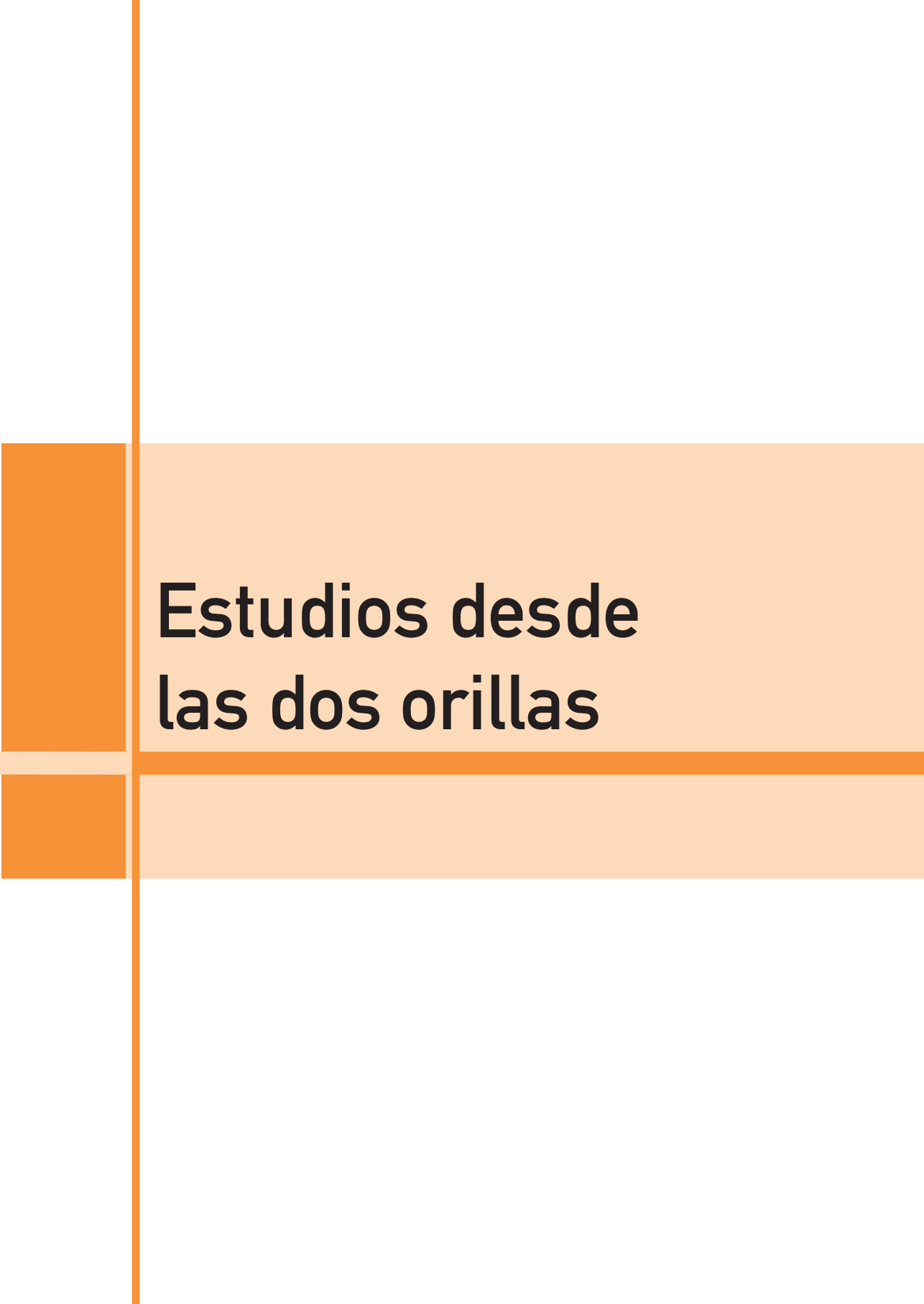
Un Libro Verde recién adoptado por la Comisión Europea abre el debate sobre cómo pueden las políticas de educación para afrontar mejor los retos que plantean la inmigración y los flujos de movilidad internos de la UE. La elevada presencia de niños inmigrantes tiene notables consecuencias para los sistemas educativos europeos. Las cuestiones fundamentales son cómo prevenir la segregación de centros escolares para mejorar la igualdad en la educación; cómo integrar la creciente diversidad de lenguas maternas y perspectivas culturales y desarrollar habilidades interculturales; cómo adaptar las capacidades de enseñanza y estrechar los lazos con las familias y las comunidades inmigrantes. Se invita a las partes interesadas a comunicar, antes del 31 de diciembre de 2008, sus opiniones al respecto. La Comisión Europea analizará los resultados de esta consulta y publicará sus conclusiones a principios de 2009. Para más información pueden consultar el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/education/school21/com423_en.pdf.

(7 de julio de 2008).

Manual sobre documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil

La Comisión Europea ha publicado una decisión que modifica la Decisión 781/2001/CE por la que se aprueba un manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables, en cumplimiento del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, ya que para la aplicación de dicho Reglamento era necesario elaborar y publicar un manual que contenga la información sobre los organismos receptores. El manual figurará como anexo I de la Decisión 781/2001/CE.

(7 de julio de 2008).



Estudios desde las dos orillas

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

(elosegui@unizar.es)

Las fronteras y los criterios jurídicos de adquisición de la nacionalidad

SUMARIO

I. Introducción.

II. El sufragio activo de los extranjeros residentes no nacionales en las elecciones municipales.

III. Nacionalidad y derecho al sufragio.

IV. Ciudadanía e identidad nacional en Habermas.

V. Criterios jurídicos frente a criterios étnicos.

VI. La democracia deliberativa.

VII. La cultura política común de Habermas y la democracia deliberativa.

VIII. El plurilingüismo cosmopolita.

I. INTRODUCCIÓN

La revista *Derecho Migratorio y Extranjería* se erige en una buena atalaya desde la que poder reflexionar sobre un tema candente como es el de los criterios de adquisición de la nacionalidad. Este análisis está hecho desde la Filosofía del Derecho, tomando como punto de partida el derecho positivo español.

He defendido en mi monografía sobre *El derecho a la igualdad y a la diferencia*¹, que el modelo de Estado más respetuoso con los derechos humanos es el modelo intercultural (en la línea mantenida por Will KYMLICKA en su obra *Multicultural Citizenship/ Ciudadanía Multicultural*)²;

(1) M. ELÓSEGUI: *El derecho a la igualdad y a la diferencia*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998.

(2) W. KYMLICKA: *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996. Original *Multicultural Citizenship. A liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

Will, KYMLICKA: *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003. Original *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

la interculturalidad jurídica trasluce una postura y una actitud que asume la universalidad de dichos derechos introduciendo el derecho a las identidades culturales como parte de estos mismos derechos. Ello llevaría consigo rechazar el asimilacionismo o monoculturalismo y también el multiculturalismo cerrado (culturas en paralelo sin interrelación)³. Para hacer esto posible, el derecho debe aportar soluciones más interculturales en las cuestiones referentes a la adquisición de la nacionalidad.

Entre las respuestas jurídicas que hacen más posible la interculturalidad como modelo más justo están la flexibilidad para alcanzar una nueva nacionalidad, así como la facilidad para ostentar una doble nacionalidad. No trataremos en este artículo todos los problemas jurídicos derivados del empleo de la doble nacionalidad, es decir, la doble nacionalidad convencional, en la que una de ellas queda latente y otra es la dominante; y las reglas cuando ambas nacionalidades están operativas⁴.

La nacionalidad permite el acceso a la ciudadanía y a la participación política. Además también es de justicia, según un modelo intercultural, establecer normas jurídicas para que las personas que pertenecen a diversas identidades puedan hacer compatibles ambas, sin verse en la obligación de elegir una de ellas y renunciar a la de origen.

La respuesta jurídica que han dado los países europeos a este tema demuestra que hay soluciones mejores y peores, y que el derecho puede contribuir a la interculturalidad a través de la regulación en estas materias cruciales. El término interculturalidad no aparece en las normas jurídicas españolas, sin embargo se ha introducido en distintos planes y proyectos sin rango de ley. Así conviene destacar que el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007/2010, aprobado por el Gobierno Español el 16 de febrero de 2007 establece entre sus objetivos el de la interculturalidad⁵.

Hay que tener en cuenta que al margen de los sentimientos personales de pertenencia o de integración (niveles sociológicos, antropológicos, psicológicos), la posesión de la nacionalidad es un hecho jurídico que determina aspectos esenciales en la vida privada de las personas, como

Will, KYMLICKA, y A. PATTEN: "Language Rights and Political Theory: Context, Issues, and Approaches", en *Language Rights and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

W. KYMLICKA: *Fronteras territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, Madrid, Trotta, 2006.

(3) Una clasificación similar realiza KENTEL desde un punto de vista sociológico en Ferhat, KENTEL: *Revista Cidob d'Afers Internacionals*, mayo-junio, núm. 73-74, (2006), Monográfico *Lo intercultural en acción, identidades y emancipaciones*, pp. 123-153. También coincide con los planteamientos de Yolanda, ONGHENA: "Intercultural/multicultural", en *Sistemas culturales multiétnicos y derecho de integración*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, XX, 2006, pp. 11-29.

(4) El Código Civil español en su artículo 9.9 establece que "Se estará a lo que derterminen los Tratados Internacionales, y si nada estableciesen será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente, además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales".

(5) *Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007/2010*, aprobado por el Gobierno Español el 16 de febrero de 2007. Cfr. <http://www.intermigra.info/extranjeria/>. La interculturalidad es el tercer principio que inspira el Plan Estratégico, cfr., p. 122.

Las fronteras y los criterios jurídicos de adquisición de la nacionalidad

en cuestiones de propiedad sobre los bienes, derechos matrimoniales, de filiación, derechos sucesorios etc.

La doble nacionalidad permite, por ejemplo, que en todas las materias de derecho de familia, a la persona que adquiere una nueva nacionalidad sin perder la anterior se le puedan aplicar las leyes de su país de procedencia, y que no pierda además determinados derechos aplicables en su país de origen (aunque también aquí nos enfrentamos con el problema de que no estén las dos operativas al mismo tiempo en el mismo país). Eso promueve la interculturalidad y evita tanto el asimilacionismo, como el multiculturalismo cerrado.

En ocasiones, cuando los criterios jurídicos son inflexibles, los inmigrantes de primera generación se han visto en callejones sin salida, teniendo que elegir sin libertad entre la asimilación renunciando a la nacionalidad de origen, o mantener la de origen sin poder adquirir la del país de acogida. Eso ha sido común, y sigue siéndolo en Alemania al no permitir todavía hoy en día la doble nacionalidad ⁶. A pesar de la aparente reforma de 1 de enero de 2000, al llegar a los 23 años los individuos nacidos en Alemania, a los que ahora se permite mantener la nacionalidad de sus padres y adquirir la alemana por nacimiento, a los 23 años deben de optar por una de las dos ⁷.

Francia permite la doble nacionalidad, y eso ha resuelto una parte de los problemas, pero es sin embargo una cultura asimilacionista al asentarse en un determinado modelo de Estado surgido de la Revolución francesa, con una concepción homogeneizante. Existen experiencias de modelos jurídicos más interculturales, como el belga, el español o el italiano.

Se parte en este artículo de la premisa de que las fronteras son una creación cultural que se solidifican con unos criterios político-administrativos. Las fronteras adquieren un carácter in-

(6) Ferhat, KENTEL: *Euro-Turks: A Bridge, or a Breach, between Turkey and the European Union? A Comparative Study of German-Turks and French-Turks (with Ayhan Kaya)*, CEPS, Brüssel, 2005. EU-Turkey working Paper, núm. 14, Centre for European Policy Studies (CEPS).

Ferhat, KENTEL: *Revista Cidob d'Afers Internacionals*, mayo-junio, núm. 73-74, (2006), Monográfico *Lo intercultural en acción, identidades y emancipaciones*, pp. 123-153.

(7) La nueva ley de Nacionalidad alemana entró en vigor el 1 de enero de 2000. http://www.germanculture.com.ua/spanish/library/weekly/es_aa0108001.htm. A partir de esa ley todos los niños nacidos en Alemania reciben automáticamente la nacionalidad alemana, si por lo menos uno de sus padres ha vivido en Alemania durante ocho años. Estos niños podrán mantener la doble nacionalidad (la alemana y la de sus padres) hasta que cumplan 23 años, edad en la que deberán optar ya por una sola de las nacionalidades. Además deben satisfacer ciertas condiciones como ser leal a Alemania y a su gente, y tener un buen dominio de la lengua alemana.

Por tanto, las condiciones que deben cumplir son demostrar lealtad al sistema democrático alemán. No pueden tener antecedentes penales.

En relación con el conocimiento de alemán se puede probar con las calificaciones adquiridas en las escuelas y universidades. También se aceptan los títulos del Instituto Goethe. Los funcionarios pueden decidir también si un candidato muestra suficiente dominio de la lengua alemana de acuerdo a su edad y estándar de educación. En caso contrario, el funcionario puede denegar la nacionalidad y exigir al candidato que obtenga algún título del idioma alemán que demuestre que puede leer y entender un artículo periodístico.

franqueable en la modernidad, a partir del nacimiento del Estado Moderno. Aunque ello fue compatible con pensadores que abogaban por un utópico cosmopolitismo cultural ⁸.

Según algunos autores las fronteras empiezan a suavizarse con la crisis del Estado Moderno a partir del siglo XXI. Sin embargo, un análisis de la realidad jurídica demuestra que mientras que a nivel de pensamiento, entre intelectuales, existe ese anhelo de cosmopolitismo y de terminar con las fronteras, el derecho en la actualidad las recrudece.

Por ello habría que distinguir varios niveles de discurso, el nivel del deber ser de la ética o de las antropología, o de la apertura cultural hacia los otros, frente a otro nivel de discurso que se centra en la realidad jurídica actual.

No son discursos contradictorios sino metodologías de investigación complementarias, entre las que deben tenderse puentes y establecer un diálogo interdisciplinar.

Mi análisis es posibilista, en el sentido de que partiendo de la situación jurídica actual se establecen propuestas de cambio, utilizando los instrumentos que nos proporciona el propio derecho vigente.

Se analizan aquí las fronteras en su dimensión jurídica, es decir los criterios que los Estados actuales establecen a través de sus ordenamientos jurídicos para la adquisición de la nacionalidad. Eso marca quién está dentro de la frontera y quién queda fuera en relación con los derechos de ciudadanía, aunque resida incluso en ese territorio ⁹.

El concepto de ciudadanía en las sociedades democráticas contemporáneas se ha construido sobre la idea de pertenencia a una Nación ¹⁰. El derecho vigente sigue respondiendo al modelo de Estado creado a partir de los siglos XVIII y XIX. El derecho apenas ha variado en los aspectos referentes a la adquisición de la nacionalidad, a pesar de la globalización en cuestiones de derecho mercantil y en las transacciones económicas, ni tampoco a pesar de la creación del concepto jurídico de ciudadanía europea porque para ser ciudadano de la Unión hay que tener en primer lugar la nacionalidad de uno de sus Estados miembros.

Los criterios jurídicos de adquisición de la nacionalidad siguen siendo la puerta de entrada a la ciudadanía de pleno derecho. En casi todos los países europeos es necesario estar en posesión de la nacionalidad para poder ejercer los derechos políticos de voto y elegir a los representantes parlamentarios que legislarán en nuestro nombre en los Parlamentos Nacionales.

(8) I. KANT: *La paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1985. Traducción de J. Abellán y presentación de A. Truylol y Serra.

(9) Cfr, a este respecto Seyla, BENHABIB: *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes, y ciudadanos*, Barcelona, Gedisa, 2005.

(10) E. LAMO DE ESPINOSA: *Culturas, estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

Las fronteras y los criterios jurídicos de adquisición de la nacionalidad

Ciertamente la primera cuestión que debe ponerse en tela de juicio es que el derecho al sufragio deba ir vinculado a la nacionalidad. Muchos intelectuales y académicos reivindican hoy en Europa que debería reformarse de raíz este sistema otorgando el derecho al voto a los residentes de larga duración, sin exigir para ello que ostenten la nacionalidad del país de acogida. Esto no es algo común en la mayoría de los países del mundo, aunque existen algunos países que lo permiten como Chile o Venezuela ¹¹.

De hecho el voto de los extranjeros no comunitarios residentes legales en España hoy sigue sin ser posible, ni siquiera en las elecciones municipales.

II. EL SUFRAGIO ACTIVO DE LOS EXTRANJEROS RESIDENTES NO NACIONALES EN LAS ELECCIONES MUNICIPALES

La Constitución Española recoge el derecho de los extranjeros a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal siempre que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

La ley Electoral española establece que goza del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado.

Gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales todas las personas residentes en España, que sin haber adquirido la nacionalidad española tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

A la fecha de hoy, España ha firmado un convenio de reciprocidad con Noruega ¹², con ciertos requisitos que rigen para todos los países que no sean miembros de la UE:

VI. Sólo pueden ejercer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales, pero no el sufragio pasivo.

VII. Deben estar en posesión del correspondiente permiso de residencia en España.

VIII. Deben haber residido en España legal e ininterrumpidamente, más de tres años.

(11) En Venezuela desde la Constitución de 1999. El contraste es que anteriormente los naturalizados venezolanos no podían votar. Se reservaba este derecho a los venezolanos de origen y se excluía a los que habían obtenido la nacionalidad por procedimiento derivado.

(12) Número de noruegos residentes en España. Según los datos del INE a 1 de septiembre de 2006, en España hay un total de 13.579 noruegos mayores de edad, de los que 7.702 viven en la provincia de Alicante.

d) Deberán estar domiciliados en el municipio en el que les corresponda votar y figurar inscritos en su Padrón Municipal.

España ha firmado Tratados de reciprocidad con otros países, pero no los ha ratificado, de manera que todavía no son aplicables. Concretamente con los siguientes países iberoamericanos: Colombia ¹³, Venezuela ¹⁴, Chile ¹⁵, Argentina ¹⁶ y Uruguay ¹⁷.

En estos últimos años algunos países europeos han otorgado el sufragio pasivo en las elecciones municipales a los extranjeros residentes no nacionales, y no comunitarios. En España, hay propuestas y presiones en esta dirección por parte de algunos partidos políticos, asociaciones de inmigrantes y foros de ciudadanos, ONG etc. que trabajan en este sector ¹⁸. Entre ellas existe una Proposición no de Ley presentada pidiendo que se permita el voto a los extranjeros en las elecciones municipales.

En Bélgica ha entrado en vigor una Ley que establece que a partir de 2006 los extranjeros que no pertenezcan a la UE podrán votar en las elecciones municipales. Para ello deben llevar establecidos en Bélgica por lo menos cinco años. Además, tienen que inscribirse previamente en un

(13) Tratado General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República de Colombia, hecho en Madrid el 29 de octubre de 1992. BOE, núm. 182/1995, de 1 de agosto de 1995. Cfr. <http://www.judicatura.com/Listados/Bilaterales2.asp?vMaterias=%20&vBase=BI>.

(14) España ha celebrado varios tratados bilaterales con Venezuela pero ninguno contempla las posibilidades de elecciones municipales recíprocas.

(15) Programa bilateral de la Cooperación española con Chile para el período 2006-2008.

Tratado de Cooperación y Amistad de 19 de octubre de 1990. BOE, núm. 223/1991, de 17 de septiembre de 1991.

Cfr. <http://www.judicatura.com/Convenios/bilaterales/bilaterales2.asp?vPais2=036>. No hay ningún artículo referente a las elecciones municipales.

(16) El Tratado bilateral entre Argentina y España establece: "Conforme a las normas que se establezcan en un acuerdo complementario, los nacionales argentinos y españoles podrán votar en las elecciones municipales del Estado en el que residen y del que no son nacionales". Ministerio de Asuntos Exteriores (BOE núm. 205 de 28/8/1989). Tratado de 3 de junio de 1988, General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República Argentina, hecho en Madrid, 1989/21039, pp. 27549-27552. El artículo 9 dice "Conforme a las normas que se establezcan en un acuerdo complementario, los nacionales argentinos y españoles podrán votar en las elecciones municipales del Estado en que residen y del que no son nacionales".

(17) Tratado General de Cooperación entre el reino de España y la República Oriental de Uruguay, de 23 de julio de 1992, BOE núm. 131/1994, de 2 de junio de 1994. El artículo 15 del Tratado bilateral entre Uruguay y España establece que "Los nacionales españoles y uruguayos podrán votar en las elecciones municipales del Estado en que residen y del que no son nacionales, con sujeción a lo dispuesto en la legislación de dicho Estado. A tal efecto, ambas Partes establecerán un acuerdo complementario para el ejercicio del mencionado derecho de voto".

(18) Proposición no de Ley 162/000509, presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista del Congreso y de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, sobre la extensión del derecho a voto, en las elecciones municipales a los extranjeros residentes legales. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura. Serie D, General, núm. 428, 11 de septiembre de 2006.

Las fronteras y los criterios jurídicos de adquisición de la nacionalidad

censo electoral, y firmar una declaración en la que se comprometen a adherirse a los principios de la democracia ¹⁹.

III. NACIONALIDAD Y DERECHO AL SUFRAGIO

No siempre es negativo el hecho en sí de que el derecho a la participación vaya unido a la nacionalidad. Mi propuesta consiste en afirmar que los Códigos Civiles europeos deberían flexibilizar los criterios de adquisición de la nacionalidad, agilizando y acortando los tiempos de residencia previa que se exigen actualmente en la mayoría de los Códigos Civiles de los países europeos para la naturalización.

En principio, me inclino a pensar que es necesario un proceso de aprendizaje de la democracia y unos mínimos años de residencia antes de otorgar la nacionalidad a una persona.

Por la misma razón, tampoco me parece adecuado otorgar el derecho de voto activo en las elecciones municipales a extranjeros residentes de larga duración, que no tengan la nacionalidad. A mi juicio, muchas veces (aunque no siempre) esto se presta a ser utilizado y manipulado por los intereses de los partidos políticos ²⁰. En ocasiones no está movido por una búsqueda sincera de la integración de los inmigrantes y del interés común de la sociedad de acogida.

En el caso del derecho español existen cauces suficientes para acceder a la nacionalidad española especialmente para las personas provenientes de los países latinoamericanos, lo que permite ya el acceso al sufragio en todas sus dimensiones. Jurídicamente pierde sentido el facilitar esos Tratados de bilateralidad para que los extranjeros residentes de esos países voten en las elecciones municipales, cuando en breve tiempo van a poder adquirir la nacionalidad española.

En general, la rigidez y trabas en la adquisición de la nacionalidad para quien posee una nacionalidad previa no es exclusiva de los códigos civiles de tradición napoleónica, sino que está presente en casi todos los países del mundo ²¹.

(19) <http://www.elmundo.es/elmundo/2004/02/internacional/1077264444.html>.

Viernes 20 de febrero de 2004. La Ley se aprobó en el Parlamento belga con 80 votos a favor y 58 en contra, más 3 abstenciones. Fue apoyado por los partidos francófonos Ecolo (Verdes) y el Centro Demócrata Cristiano, ambos en la oposición. La mayoría liberal socialista estuvo dividida.

(20) Proposición no de Ley 162/000509, presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista del Congreso y de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, ya citada.

Como contraste 162/000510, Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), para la creación urgente de un grupo de trabajo con el objetivo de estudiar y proponer el conjunto de medidas que permitan encauzar el grave problema de la inmigración extranjera.

(21) Algunos países son incluso muy estrictos porque no permiten siquiera abandonar voluntariamente la nacionalidad de origen, ni la naturalización. Como es el caso de Marruecos. Pero es extensible a países de órbitas culturales muy distintas, incluidos los asiáticos.

En general, todos los países siguen remarcando jurídicamente la diferencia entre los nacionales y los no nacionales, otorgando sólo a los primeros el derecho al sufragio activo y pasivo, y la participación a través de los cauces formales de participación política.

En este artículo nos centramos tan sólo en este punto. Al margen de las consideraciones antropológicas y sociológicas, los criterios jurídicos de adquisición de la nacionalidad son cruciales en la integración de las personas en la sociedad, porque a través de ellos se accede al derecho al sufragio y a una participación de plena ciudadanía en la vida política de un país. Ello es compatible con la importancia de la identidad cultural y de las relaciones sociales que se mueven en una esfera diferente a la jurídica.

Los criterios tradicionales, y hoy vigentes, de adquisición de la nacionalidad de origen son mayoritariamente dos; el *ius sanguinis* y el *ius soli*. A ellos se añade la adquisición derivativa de la nacionalidad a través de la naturalización (por residencia previa en el país). En el primer caso se adquiere la nacionalidad por herencia. Son los progenitores los que transmiten la nacionalidad a los hijos o hijas. El segundo criterio llevaría a que se adquiriera la nacionalidad por nacimiento, por el hecho de haber nacido en un territorio con independencia de la nacionalidad de los padres. A lo largo de la historia ambos criterios han coexistido. Cuando se crearon los Estados nación en el siglo XIX el criterio de territorialidad se sumó al de sanguinidad (vínculo de sangre), pero éste nunca ha dejado de aplicarse.

Estos criterios obedecen a planteamientos antropológicos previos, que los juristas asumen sin reflexionar excesivamente sobre ellos, o considerándolos tradiciones inamovibles, mientras que como contraste los humanistas con otras formaciones los consideran obsoletos y quieren cambiarlos a toda costa, o prescinden de su existencia ²².

En buena medida he compartido y comparto algunas de las tesis de Jürgen HABERMAS sobre la idea de que hay que reformar algunos de los criterios legales de adquisición de la nacionalidad²³.

(22) Ésta es por ejemplo mi experiencia diaria como profesora de Filosofía del Derecho en una Facultad de Derecho. Los alumnos del último curso de la licenciatura de Derecho en general adquieren los conocimientos de la legislación sobre estas materias sin hacerse demasiadas preguntas sobre por qué tenemos estos criterios jurídicos y no otros, y tampoco se interrogan en exceso sobre su posible modificación. Como contraste en las Facultades de Humanidades, Filosofía, Sociología, Ciencia Política, la actitud es la contraria. Se utiliza el término ciudadanía etc., sin especial interés por conocer sus connotaciones jurídicas o el derecho vigente. Son como dos mundos que corren en paralelo sin encontrarse. A mi juicio la interculturalidad debe comenzar por la comunicación mutua entre mundos académicos, ciencias y perspectivas diferentes.

(23) M. ELÓSEGUI: "La inclusión del otro. Habermas y Rawls ante las sociedades multiculturales", *Revista de Estudios Políticos*, diciembre, núm. 98, (1997), pp. 59-84.

M. ELÓSEGUI: "Perspectivas y problemas actuales de la filosofía del derecho. Una reflexión desde la filosofía del derecho ante los nuevos problemas que plantea el Derecho de Naciones Unidas en el uso de la fuerza y la injerencia en Estados Soberanos ante la violación interna de Derechos Humanos", *Diálogo Filosófico*, Volumen *Filosofía práctica y persona Humana*, Bibliotheca Salmanticensis, Estudios 262, Universidad Pontificia de Salamanca, (2004), 417-444.

Las fronteras y los criterios jurídicos de adquisición de la nacionalidad

HABERMAS afirma que el criterio para la adquisición de la nacionalidad en el futuro debería basarse en una especie de contrato o pacto social, admitiendo la voluntad de las personas si quieren cambiar de nacionalidad al trasladarse a un nuevo país de acogida.

La única condición sería exigirles la aceptación de unos valores políticos comunes, lo que también él ha denominado patriotismo de la Constitución (*Verfassungspatriotismus*), tomándolo de Dolf Sternberger ²⁴.

Comparto algunas de estas tesis de inclusión de HABERMAS pero es preciso articular ese discurso con soluciones jurídicas concretas y factibles, de un modo realista. Por otra parte, tampoco se pueden abandonar los criterios jurídicos tradicionales de adquisición de la nacionalidad, como el *ius sanguinis* y el *ius soli* porque es de justicia que se tengan en cuenta los lazos de sangre y la relación con un territorio, ya que las raíces propias desempeñan un papel muy importante en la creación de la identidad cultural de las personas.

Mi tesis es que hay que conjugar todas las vías posibles de acceso a la nacionalidad, pero no se pueden abandonar los criterios basados en los vínculos de sangre porque son criterios biológicos universales. Los criterios étnicos se convierten en racistas si son excluyentes pero no los son necesariamente en sí mismos.

HABERMAS contrapone el término criterios jurídicos con el de criterios étnicos. A mi juicio esta contraposición no se ajusta a la realidad del derecho. Más bien habría que afirmar que parte de los criterios jurídicos son criterios étnicos, y que habría que ampliar los criterios legales, manteniendo los basados en el *ius sanguinis* y el *ius soli*.

Por otra parte, cuando HABERMAS y otros hablamos de cultura política común es preciso concretar qué entendemos como común, y cuál es el contenido de esos valores comunes. El cosmopolitismo debe consistir en la aceptación de esos valores universales, transversales y transculturales.

En este sentido se asumiría la idea de que “la actualidad es cosmopolita y se necesita una mirada cosmopolita para observar el aumento de la interdependencia y entender los nuevos paisajes de la identidad” ²⁵.

En general, hay ciertos criterios jurídicos que se están utilizando para definir lo común como la referencia a unos derechos humanos compartibles por todos. Esa referencia resulta a mi juicio adecuada y haría posible un modelo intercultural que permitiría establecer unos vínculos jurí-

(24) Concepto que en España ha sido utilizado tanto por José Luis Rodríguez Zapatero como por José María Aznar. Cfr, http://www.abc.es/hemeroteca/historico-26-10-2003/abc/Cultura/j%C3%BCrgen-habermas-la-nacion-ha-de-ser-independiente-de-la-religion-raza-o-lengua-de-sus-ciudadanos_216561.html.

Entrevista a Habermas por José Grau, ABC, 26-10-2003. “Jurgen Habermas. La nación ha de ser independiente de la religión, lengua o raza de sus ciudadanos”.

(25) Cfr. Programa del Seminario organizado por el CIDOB en septiembre de 2007 en Barcelona, titulado “Voluntad de frontera: consideraciones identitarias y expresiones de alteridad”.

dicos de pertenencia unidos a la aceptación de los Derechos Humanos reflejados en las Constituciones de los diversos países.

En ese sentido, ciertamente esta tesis se acercaría al planteamiento que presenta el profesor Rik PINXTEN cuando afirma que debe buscarse cómo argumentar a favor de una concepción intercultural del ser humano en primer lugar, situando en segundo lugar reglas de conducta con una base universal (del tipo Derechos Humanos o *Aufklärung*) y sólo en último lugar identidades culturales o religiosas.

En ese sentido un modelo intercultural de Estado Socialdemócrata debería facilitar la adquisición de la nacionalidad a quien acepta los valores democráticos comunes tal y como se reflejan en la Constitución del país de acogida (cuando esta Constitución es respetuosa de dichos Derechos)²⁶.

Todo ello es compatible con mantener además los criterios étnicos tradicionales de adquisición de la nacionalidad. Pero sin que sean los criterios fundamentales. De hecho, en los derechos civiles europeos actuales el criterio del *ius sanguinis* sigue siendo el criterio prioritario, mientras que el *ius soli* (adquisición de la nacionalidad por nacimiento en el país de acogida) es todavía hoy en día sólo un criterio secundario y subsidiario del *ius sanguinis*²⁷.

IV. CIUDADANÍA E IDENTIDAD NACIONAL EN HABERMAS

El Estado es un concepto definido jurídicamente. Hay un momento en la historia que la Nación se identificó con el pueblo de un Estado, *Staatsvolk*, *Volksnation* con su carácter étnico, la nación sería homogénea, acogería a individuos del mismo origen étnico. HABERMAS hace un estudio histórico de la evolución y la transformación de estos conceptos. De ahí su propuesta de un postnacionalismo en *Más allá del Estado Nacional*²⁸.

Hoy se busca una nueva fórmula de integración social, que sea más abstracta para conceder la ciudadanía y permitir la integración de aquellos con diferente origen étnico. El concepto de ciudadanos del Estado (*Staatsangehörigkeit*) sustituye al de *Staatsvolk*.

(26) M. ELÓSEGUI: "Intercultural Republicanism. In Searching for Shared Values", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* (ARPS), Beiheft núm. 85, (2002), pp. 49-88. En el monográfico *Legal Philosophy: General Aspects, Theoretical Examinations and Practical Application*, Proceedings of the 19th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), New York, June 24-30, 1999. Editado por Patricia Smith y Paolo Comanducci, Suttgart, Franz Steiner Verlag, 2002, pp. 49-88.

(27) Código Civil. Y por todos Elisa, PÉREZ VERA: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Madrid, Colex, 2007.

(28) J. HABERMAS: *Más allá del Estado Nacional*, Madrid, Trotta, 1997, p. 144. Traducción e introducción de Manuel Jiménez Redondo. Original *Die Normalität einer Berliner republik. Kleine Politische Schriften VIII*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1995.

Las fronteras y los criterios jurídicos de adquisición de la nacionalidad

Ya en uno de los ensayos de su obra *Faktizität und Geltung*, “Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo”²⁹, HABERMAS muestra cómo nacieron y cómo se han utilizado estos conceptos a lo largo de la historia. Esto ayuda a entender la situación actual.

En algunos momentos políticos se ha definido al ciudadano como la persona perteneciente a una nación, a la que se siente vinculada por lazos de sangre. Pero ya desde la Ilustración otras voces defendieron una concepción de la ciudadanía entendida como la idea de pertenencia a una comunidad política, a partir de un acto de voluntad, y no de la pertenencia a una comunidad prepolítica integrada por descendencia, tradición compartida y lengua común.

Así por ejemplo, el concepto rusoniano de autodeterminación implica la pertenencia a una comunidad política y no a una comunidad étnica: “Pero en el lenguaje de los juristas «ciudadanía» ha tenido durante mucho tiempo el sentido de racionalidad o pertenencia a un Estado; sólo recientemente ha experimentado el concepto una ampliación en el sentido de un *status* ciudadano circunscrito por derechos civiles... Conforme a la autocomprensión del Estado democrático de derecho como una asociación de ciudadanos libres e iguales, la nacionalidad o pertenencia a un Estado está ligada al principio de la voluntariedad. Los rasgos adscriptivos habituales que representan la residencia y el nacimiento (*ius soli* y *ius sanguinis*) no fundan una sumisión irrevocable a la jurisdicción estatal. Sólo sirven de criterios administrativos para la atribución de un supuesto asentimiento implícito, con el que se corresponde el derecho a emigrar o a renunciar a la nacionalidad”³⁰.

Sin embargo, a pesar de los deseos de HABERMAS, esta idea, de una ciudadanía ligada al principio de voluntariedad, es hoy por hoy una utopía intelectual, y más todavía si atendemos a la realidad alemana, en la que la concesión de la nacionalidad está muy restringida, y se basa prioritariamente en el *ius sanguinis*, aceptando la naturalización de residentes no nacidos en Alemania pasados por lo menos 15 años de residencia permanente en el país. Sólo a partir de 1991 se redujo a quince años el tiempo de espera para solicitar la nacionalidad. El 1991 el gobierno alemán dio más facilidades para la naturalización de los menores nacidos en Alemania, y a su vez el gobierno turco dio más facilidades para renunciar a la nacionalidad turca (tampoco Turquía admite la doble nacionalidad). Así las naturalizaciones pasaron de 2.000 en el año 1990 a 32.000 en el año 1995. En esa fecha, a pesar de ello sólo el 10% de los turcos inmigrantes en Alemania poseían la nacionalidad alemana³¹.

(29) J. HABERMAS: “Staatsbürgerschaft und nationale identität”, pp. 632-659 en *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am. Suhrkamp, 1992. Traducción española por Manuel Jiménez Redondo, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

(30) Se cita por la traducción española. J. HABERMAS: “Ciudadanía e identidad nacional”, en *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998. Aquí, pp. 13-14.

(31) Cfr., también Ferhat, KENTEL: *Euro-Turks: A Bridge, or a Breach, between Turkey and the European Union? A Comparative Study of German-Turks and French-Turks (with Ayhan Kaya)*, CEPS, Brüssel, 2005. EU-Turkey working Paper, núm. 14, Centre for European Policy Studies (CEPS).

Como ya hemos señalado la reforma del año 2000 ha permitido la doble nacionalidad a los nacidos en Alemania de padres no alemanes, pero a los 23 años esa persona debe optar y si decide mantener la nacionalidad alemana deberá renunciar a las otras.

V. CRITERIOS JURÍDICOS FRENTE A CRITERIOS ÉTNICOS

Por otra parte, HABERMAS propone una cultura constitucional europeo-occidental compartida en términos supranacionales; “La idea básica republicana políticamente autoconsciente de una comunidad de libres e iguales es, a todas luces, demasiado concreta y simple para las condiciones modernas, y en todo caso lo es cuando se piensa en una nación o, en general, en una comunidad de destino étnicamente homogénea e integrada mediante tradiciones comunes. Hoy necesitamos un modelo distinto de democracia. Por fortuna el derecho es un medio que permite una idea esencialmente más abstracta de autonomía ciudadana”³².

A mi juicio, la idea de nación como comunidad de destino, étnicamente homogénea e integrada mediante tradiciones comunes resulta hoy insuficiente. Pero ese nuevo modelo de democracia que necesitamos, esa cosmopolitización jurídica aunque es abstracta debe apoyarse y ser hecha con unas bases culturales, insertas en unas tradiciones jurídicas y en tanto que jurídicas también culturales. Porque el derecho forma parte de la cultura, es también cultura, con su formalismo y abstracción³³.

Eso se concreta en una idea, que caracteriza la nueva propuesta de HABERMAS, lo que une a los ciudadanos es una cultura política común, reflejada en la Constitución, pero no la etnia: “Pues bien, los ejemplos de sociedades multiculturales, como Suiza y Estados Unidos, muestran que una cultura política en la que los principios constitucionales logren echar raíces, de ningún modo tiene que apoyarse en un origen étnico, lingüístico y cultural común a todos los ciudadanos. Una cultura política liberal sólo constituye el denominador común de un patriotismo de la Constitución que simultáneamente agudiza el sentido para la pluralidad y la integridad de las diversas formas de vida coexistentes de una sociedad multicultural. También en un futuro estado federal europeo habrán de interpretarse *los mismos* principios jurídicos desde la perspectiva de tradiciones nacionales *diversas* e historias nacionales *diversas*. La propia tradición habrá de ser en cada caso objeto de una apropiación hecha desde un punto de vista relativizado desde las perspectivas de los demás, de suerte que pueda quedar inserta en una cultura constitucional europeo-occidental compartida en términos supranacionales. Un anclaje particularista de *este tipo* no quitaría a la soberanía popular y a los derechos humanos ni una tilde de su sentido universalista. Tenemos, pues, que la ciudadanía democrática no necesita quedar enraizada en la

(32) J. HABERMAS: “Ciudadanía e identidad nacional”, p. 16.

(33) M. WALZER: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 51.

Las fronteras y los criterios jurídicos de adquisición de la nacionalidad

identidad nacional de un pueblo; pero que, por encima de la pluralidad de formas de vida culturales diversas, exige la socialización de todos los ciudadanos en una cultura política común”³⁴.

La tesis que por mi parte propongo es que esa cultura política común son los derechos humanos universales, y estos derechos además de reconocerse en los Tratados Internacionales deben reflejarse en las Constituciones de cada país como Derechos Fundamentales constitucionalizados.

Esa cultura común debe impregnar también los derechos estatales. Ellos deben realizar un fenómeno de inculturización, de ajuste de sus tradiciones a esos principios, pero impregnándolos de su propia cultura. No se puede escindir un derecho abstracto de las culturas jurídicas y tradiciones históricas de un país.

El cosmopolitismo jurídico se encarna en el derecho internacional y en los derechos nacionales, pero no de espaldas a las culturas jurídicas propias sino en diálogo con ellas, expresándose a través de ellas, sin reducirse a ellas, trascendiéndolas.

En concreto, la adquisición de la ciudadanía por un acto de voluntad, a través de los procesos de naturalización no se puede hacer en abstracto, o por un mero deseo de una persona de unirse a la comunidad política, sino que hay que arbitrar unos procedimientos jurídicos para que esto sea posible. Y este paso es competencia de los derechos nacionales de cada Estado.

En ese sentido, me resulta más acertada la afirmación de Michael WALZER; “A cierto nivel de organización política, algo semejante al Estado soberano debe adquirir forma y reclamar la autoridad a fin de elaborar su propia política de admisión, y a fin de controlar y en ocasiones restringir el flujo de inmigrantes”³⁵.

VI. LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Frente al modelo republicano de la democracia y al modelo liberal, la propuesta de HABERMAS es el modelo de una política deliberativa. El primer modelo coincide en buena medida con la ética comunitarista y con la corriente estadounidense actual de defender un republicanismo constitucionalista. Es un intento de recuperar una mayor democracia directa y grupos más homogéneos, con fines colectivos. Uno de sus representantes es Frank MICHELMAN. Esta división se remonta ya al problema que planteó CONSTANT entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos. Caracterización a la que HABERMAS acude con frecuencia, por ejemplo en sus discusiones con RAWLS. El modelo republicano propugnaría una vuelta al modelo de la república griega, de la polis., o al modelo asambleario de Rousseau, reivindicación de las identidades

(34) Ídem, p. 15.

(35) M. WALZER: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 51.

culturales etc, protagonismo de la sociedad civil, libertades positivas que obliga a la participación política. Sin embargo en la interpretación de este modelo hay hoy profundas diferencias entre quienes someten todas las decisiones al proceso democrático, defendiendo una democracia procedimental y quienes defienden un humanismo cívico en el que la participación política está sometida a la búsqueda de un bien común individual o colectivo (por ejemplo, sería una de las diferencias entre algunos republicanismos y comunitarismos).

En el modelo liberal, que aboga por la democracia indirecta, se delega el voto en los profesionales de la política, primacía del derecho a la libertad sobre otros derechos, derechos subjetivos como libertades negativas. También hoy dentro del modelo liberal hay quien defiende una democracia procedimental, y quien defiende que hay unos límites a la regla de la mayoría que son los derechos constitucionales. En realidad en el debate americano hay un acercamiento de las posturas y los republicanos como MICHELMAN han empezado a llamar a su modelo de democracia *Republicanismo liberal*, mientras que algunos liberales como DWORKIN³⁶ han caracterizado las sociedades democráticas liberales como *comunidad liberal*, integrando el vocabulario de los comunitaristas. De la misma manera, RAWLS, RAZ³⁷ y HABERMAS han introducido en sus paradigmas la palabra *cultura*, para insistir en la necesidad de una *cultura política común*.

HABERMAS intenta hacer una síntesis que denomina republicanismo kantiano o democracia deliberativa, que consiste en reclamar: derechos universales con reconocimiento de los derechos de las minorías y de los inmigrantes, espacio público de discusión política que influya en las decisiones parlamentarias, la libertad como un valor en sí, el patriotismo de la Constitución³⁸, la negación de los derechos colectivos, la defensa del Estado de Derecho, la democracia constitucional a la europea, negación de una ética sustantiva, es decir una ética que hable de lo bueno, la autonomía kantiana de la conciencia, la universalidad de los derechos junto con el historicismo en la concreción de sus contenidos, la democracia constitucional, la defensa de los derechos subjetivos del ciudadano, como parte del ordenamiento jurídico democrático del Estado de Derecho. Remite a una cita de Hesse bastante significativa; “El estatus del individuo reconocido por el derecho constitucional, fundamentado y garantizado por los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*, es un estatus material de derecho, o sea, un estatus jurídico material, esto es, un status con un contenido concretamente determinado, no disponible de modo ilimitado ni por los individuos ni por los poderes estatales”³⁹.

(36) R. DWORKIN: “Liberal Community”, *California Law Review*, 77 (1989), pp. 479-589.

R. DWORKIN: *Foundations of Liberal Equality, The Tanner Lectures on Human Values*, XI, Salt Lake City, 1990. R. DWORKIN: “Equality, Democracy, and Constitution: We the people in Court”, *Alberta Law Journal*, vol 28, núm. 2, (1990), pp. 324-346.

(37) J. RAZ: “Multiculturalism: A Liberal Perspective”, *Dissent*, Winter (1994), pp. 67-79. Citado por Habermas en *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, p. 175. También en la obra de J. RAZ: *Ethics in the Public Domain*. Clarendon Press, Oxford, 1994. pp. 155-175.

(38) J. HABERMAS, p. 157.

(39) Extraído de K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller C. F., 1990, p. 113.

Las fronteras y los criterios jurídicos de adquisición de la nacionalidad

VII. LA CULTURA POLÍTICA COMÚN DE HABERMAS Y LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

HABERMAS defiende así un modelo de política deliberativa: “Este modelo no parte ya del sujeto en gran formato que sería el todo de una comunidad o una comunidad tomada en conjunto, sino de discursos anónimamente entrelazados entre sí” ⁴⁰.

Para HABERMAS en la sociedad actual no es posible repetir el modelo de la democracia directa, pero sí deben buscarse otros cauces en los que se dé una mayor participación directa, uno de ellos es por ejemplo la opinión pública, una opinión pública que influya en la voluntad política. Esto es aplicable también a la política europea. El ciudadano europeo siente que muchas de las decisiones que le afectan directamente se toman no en el contexto de una política nacional sino en el contexto supranacional de los órganos de gobierno de la Unión Europea. Aunque HABERMAS dice no tener una respuesta para este problema, sí sugiere que el Parlamento Europeo debería asumir más funciones, en lugar de la extensa red de funcionarios que constituyen una burocracia desligada de procesos de legitimación democrática ⁴¹.

En mi opinión, el Tratado de Lisboa puede contribuir a una mayor democratización de la Unión Europea.

Otro fenómeno que está cambiando el panorama cultural europeo es “la inmigración procedente de la Europa del Este y de las regiones más pobres del Tercer Mundo que hará aumentar la pluralidad multicultural de la sociedad” ⁴².

Aplicada a Europa la idea de la política común, este nuevo modelo que propone HABERMAS “iluminará el transfondo político-cultural para una nueva relación entre ciudadanía e identidad nacional... Los espacios nacionales de opinión pública siguen en buena medida encapsulados unos frente a otros... Pero de estas diversas culturas nacionales podría diferenciarse en el futuro una cultura política común y las tradiciones nacionales en arte, y literatura, historia y filosofía, etc., que se diversificaron desde principios del mundo moderno... Un patriotismo europeo de la Constitución, a diferencia de lo que ocurre con el americano, habría de surgir de interpretaciones diversas de unos mismos principios jurídicos universalistas, impregnadas en términos de historia nacional” ⁴³.

Europa tiene una segunda oportunidad que debe aprovechar de un modo diferente a como lo hizo en el pasado; “Pero tal oportunidad no podrá aprovecharla al estilo de su vieja política de poder, sino ateniéndose a premisas distintas, a saber; a un entendimiento no imperialista con otras culturas y a la voluntad de aprender de ellas” ⁴⁴.

(40) Ídem, p. 16.

(41) Ídem, p. 16.

(42) Ídem, p. 17.

(43) Ídem, p. 16.

(44) Ídem, p. 17.

En mi opinión, ciertamente las constituciones europeas son en parte abstractas y se basan en la aceptación de los derechos civiles y políticos, y asientan las bases de la democracia formal, la división de poderes etc., pero a su vez están impregnadas de tradición y de historia. En ese sentido hablar de un patriotismo de la constitución no evita el hecho de que cada país debe hacer sus propias elecciones culturales cuando crea su propia constitución. Incluso aunque establezca unos criterios amplios de adjudicación de la ciudadanía no puede evitar la toma de decisiones sobre aspectos elementales impregnados de cultura, como por ejemplo algo tan elemental como decidir las lenguas oficiales del país, y el idioma en el cual va a publicar su legislación. Estas decisiones las puede hacer adoptando un modelo asimiliacionista, un modelo multicultural cerrado, o un modelo intercultural, pero deberá tomar postura. Si opta por la interculturalidad debe establecer un nivel universal de defensa de derechos humanos y un nivel concreto de protección jurídica de identidades culturales presentes o potenciales en su territorio.

Por otra parte, en mi opinión el mejor modelo real de democracia deliberativa (junto a otros posibles cauces de participación civil asociativa si todavía no se posee la nacionalidad, y conjuntamente en todo caso con el derecho de sufragio) es la participación en la política de un país a través del derecho al voto, participar en los procedimientos formales de sufragio universal, votando en las elecciones nacionales, y municipales, a través de los partidos políticos legalizados. Para ello es necesario ostentar la nacionalidad. El formar parte de la comunidad política debe consistir en tener los derechos políticos. Eso no puede quedar sustituido por una participación etérea en otros cauces de creación de opinión pública. La participación en los medios de comunicación completa los derechos políticos del ciudadano, pero no los sustituye.

La política deliberativa y el republicanismo kantiano deben de reflejarse en el acceso a la democracia formal, en la inclusión política. El formalismo jurídico y el contrato social como construcciones jurídicas deben de concretar esos procedimientos para hacer esto posible. La integración intercultural pasa por la integración política en la ciudadanía formal y plena.

VIII. EL PLURILINGÜISMO COSMOPOLITA

El verdadero cosmopolitismo debería conducir a una mayor riqueza lingüística en la que se fomentara el plurilingüismo; haciendo compatible un idioma regional, con una lengua común nacional y otra internacional ⁴⁵.

Por todo ello, y volviendo al inicio deberían mantenerse esos criterios legales formales y tasados para adquirir la nacionalidad con sus pertinentes procesos de acceso a la participación política. La creación cultural de la democracia formal no es contraria al cosmopolitismo, sino que más bien lo refuerza. A mi juicio son mucho más peligrosos y racistas la introducción de nuevos criterios culturales basados en las emociones y sentimientos, y decididos de modos dictatoriales y

(45) Cfr, en esta línea Informe del Grupo de Intelectuales a favor del Diálogo Intercultural, elaborado en el marco del año 2008 como Año de la interculturalidad en la UE. <http://europa.eu/languages/es/home>.

Las fronteras y los criterios jurídicos de adquisición de la nacionalidad

poco transparentes al margen de los ámbitos de decisión formales legislativos (aunque a veces se sirvan de leyes ordinarias apoyadas por los partidos políticos de las Asambleas parlamentarias autonómicas). Todo ello sería un abuso por parte de la Administración, que impondría su poder ejecutivo con decisiones tomadas de espaldas a sus administrados.

Los criterios jurídicos son muy formales y quizá rígidos pero aportan seguridad jurídica, incluso los basados en el *ius sanguinis*. Los nuevos criterios étnicos en el sentido de raciales o culturales son peligrosos por ambiguos, inseguros y excluyentes incluso con los propios (no sólo con los ajenos o venidos de fuera). Algunos nacionalismos xenófobos caen en contradicciones, porque no utilizan criterios racionales coherentes, sino emocionales y manipulados (se manipula la historia, con purezas étnicas falsas o negando los datos científicos e históricos). Se reinventan identidades sin base histórica ⁴⁶.

Los derechos civiles y políticos, la democracia formal, el sufragio universal y secreto, los partidos políticos legalizados (incluso a pesar de su falta de democracia interna), la democracia parlamentaria indirecta a través de representantes libremente elegidos; todo ello debería ser una nota del contenido sustantivo de ese nuevo cosmopolitismo intercultural, que debe reinar también dentro de nuestras fronteras territoriales, y no sólo traspasando fronteras.

(46) Nuevos etnocentrismos y etnonacionalismos. Yolanda, ONGHENA: "Intercultural/multicultural", en *Sistemas culturales multiétnicos y derecho de integración*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, XX, 2006, pp. 11-29.

Ulrich, BECK: *Vivir en la sociedad del riesgo mundial. Living in the World Risk Society*, Barcelona, Documentos Cidob, Dinámicas Interculturales, núm. 8, julio, 2007.

Marc, AUGÉ: *Global/Local, Universal/Particular*, Barcelona, Documentos Cidob, Dinámicas Interculturales, núm. 4, abril 2005.

Ulf, HANNERZ: *Two Faces of Cosmopolitanism: Culture and Politics*, Barcelona, Documentos Cidob, Dinámicas Interculturales, núm. 7, junio 2006.

Mario, SAMANIEGO: *Condiciones y posibilidades de las relaciones interculturales: un proceso incierto*, Barcelona, Documentos Cidob, Dinámicas Interculturales, núm. 5, diciembre, 2005.

NATALIA CAICEDO

Becaria Investigadora del Instituto de Derecho Público.

II

El principio de igualdad y no discriminación en las prestaciones asistenciales

SUMARIO

I. Aproximación al tema.

II. El ordenamiento interno sobre prestaciones no contributivas y el principio de no discriminación por razón de nacionalidad. La regulación prevista en la LODYLE.

III. La residencia en la pensión no contributiva por invalidez y vejez. A) La residencia y el principio de no discriminación por razón de nacionalidad. B) Incidencia del Derecho Comunitario en el cómputo de la residencia. La prohibición de exportación de las Pensiones no Contributivas.

IV. La convivencia en las prestaciones por hijo a cargo y por desempleo. A) Interpretación de “las responsabilidades familiares” del subsidio de desempleo y del término “hijos a cargo” en las prestaciones no contributivas por hijos a cargo. B) La convivencia y el principio de no discriminación.

V. El permiso de trabajo en el caso de los ex-reclusos.

VI. Conclusiones.

I. APROXIMACIÓN AL TEMA

En España la inmigración es un fenómeno social que comienza a tener relevancia a partir de la década de los noventa, produciendo un cambio importante en la estructura social y demográfica. Este cambio repercute de manera directa en la concepción del ordenamiento jurídico. A interés del desarrollo del artículo que se presenta, cabe destacar cómo la titularidad de derechos y libertades de un determinado tipo de población, que comparten una misma nacionalidad y sobre los que rige un principio de igualdad y no discriminación tiene ahora que reconsiderarse para abarcar a la nueva población que se incorpora en la sociedad. El principio democrático al que está sujeto el desarrollo de todo el ordenamiento jurídico conlleva que cada uno de los derechos y libertades deban replantearse para garantizar el acceso y disfrute de los derechos en condiciones de igualdad.

El legislador, en el sector no contributivo de la Seguridad Social, ha configurado un conjunto de prestaciones con la finalidad de mejorar las condiciones sociales de los ciudadanos. El primer paso fue la promulgación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de pensiones no contributivas, (en adelante LPNC) donde se creó un conjunto de prestaciones sociales para hacer frente a contingencias como la vejez o la discapacidad. Posteriormente, se amplía el campo subjetivo de protección y se prevén prestaciones a favor de la familia y de las situaciones de exclusión social.

La llegada de nueva población, que se incorpora en la sociedad con una vocación de permanencia, plantea, entre otros aspectos, la necesidad de analizar bajo presupuestos democráticos las condiciones de titularidad y acceso a este tipo de prestaciones. El sector no contributivo de la Seguridad social se creó para dar cobertura a los ciudadanos de nacionalidad española que por determinadas contingencias no podían hacer frente a sus necesidades básicas. Sin embargo, hoy en día dentro de los potenciales receptores de las ayudas se encuentran también las personas no españolas que se han establecido en el territorio español y que actualmente forman parte del conjunto de la población. En este sentido, tiene interés analizar la configuración en el ordenamiento jurídico de dichas prestaciones y los cambios experimentados por la jurisprudencia y la legislación de extranjería.

Para el estudio de la implicación de la inmigración en el acceso a las prestaciones no contributivas, indudablemente, el punto de partida, es desvelar el papel que juega el principio de igualdad y no discriminación hacia la población inmigrante respecto al reconocimiento y disfrute de las prestaciones asistenciales.

Sobre la interpretación del principio de igualdad se parte de la premisa de que el reconocimiento y el disfrute de los derechos y libertades de los inmigrantes, al igual que para los españoles, se interpreta por medio del principio de proporcionalidad¹. Para que una limitación sobre los derechos y libertades se entienda conforme a los presupuestos constitucionales, necesariamente han de tener una finalidad legítima, han de guardar una adecuación entre los medios-fines y han de ser proporcionales en sentido estricto. En este sentido, “la Ley de Extranjería puede introducir las limitaciones que desee en referencia a cualquier derecho, siempre que tales limitaciones se vinculen a una finalidad legítima y sean proporcionadas, aplicando aquí un examen de proporcionalidad que se ha elevado ya a criterio general más o menos formalizado en la jurisprudencia del TC. Sin duda los extranjeros pueden ser sometidos a un régimen especial, pero el contenido concreto de ese régimen deberá justificarse en relación a la finalidad de controlar la entrada, residencia y trabajo de los extranjeros. De este modo el estatuto constitucional concreto del extranjero como del nacional, debe buscarse en las leyes de desarrollo examinando caso por caso cada una de las restricciones y no con divisiones apriorísticas que permiten la limitación de algunos derechos pero no de otros, aunque obviamente existen derechos en los

(1) El reconocimiento de derechos y la garantía del principio de igualdad a la población inmigrante es un debate que tiene un trasfondo muy amplio tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y que no se entrará en este artículo. Para ello remitirse a E. ROIG: “Los derechos de los extranjeros. Titularidad y limitación” en Miguel REVENGA, (coord.): *Problemas constitucionales de la Inmigración: Una visión desde Italia y España*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004.

El principio de igualdad y no discriminación en las prestaciones asistenciales

II

que tales limitaciones, en función de las finalidades legítimas que lo permitan, serán más fácilmente susceptibles de verse limitadas”².

En este sentido los derechos que más claramente pueden verse limitados para el extranjero son la libertad deambulatoria (supuestos de detención e internamiento privativos de los extranjeros), la residencia (el permiso de residencia, la posibilidad de expulsión y medidas similares de alejamiento) y trabajo (permiso de trabajo). En todos estos casos no resulta difícil vincular las limitaciones existentes con las finalidades referidas al control de entrada, residencia y trabajo del extranjero, lo cual justifica las restricciones. Una vez superados los controles de entrada y residencia, el extranjero en situación regular puede ver limitados muy pocos de sus derechos y prácticamente cualquier tratamiento diferenciado respecto al español deberá justificarse en algún aspecto distinto a su nacionalidad a riesgo de ser contradictorio e inconstitucional por no poder vincularse al control de residencia.

En cuanto a las restricciones a los derechos de los extranjeros en situación irregular, puede afirmarse con carácter general que serían aquellas que permitan recuperar la situación respecto de la legalidad: la imposición de la sanción de expulsión o la correspondiente resolución de alejamiento, y las medidas correspondientes para garantizar su ejecución. Ciertamente, la negación de cualquier derecho a un irregular significa dificultar su estancia en España y en este sentido cualquier limitación se vería justificada; sin embargo debe tenerse en cuenta que una limitación de este tipo resulta claramente desproporcionada por cuanto afecta plenamente a otro derecho fundamental que se utiliza meramente como un instrumento, no necesario pretendidamente tan sólo adecuado, para la finalidad de dificultar la estancia de un extranjero³.

Desde esta perspectiva, la aplicación del principio de igualdad a la población inmigrante, al igual que para los españoles, dependerá de la aplicación del test de la proporcionalidad. No se puede establecer *a priori* un principio de aplicación o negación sobre la igualdad en el ejercicio de los derechos de las personas inmigrantes, pues ello dependerá en cada caso de los intereses constitucionales que estén en juego. Esta respuesta, si bien satisfactoria, más que una respuesta dota de un instrumento de interpretación y abre la puerta a un análisis casuístico de cada uno de los derechos.

En el ámbito de las prestaciones sociales, se puede deducir fácilmente que no existe una relación directa entre el acceso a beneficios provenientes del Estado de bienestar y la política de control de fronteras y del mercado interno laboral. En este sentido, la problemática no se presenta tanto en términos de discriminación como en términos de escasez de recursos o los límites presupuestarios para el desarrollo de las prestaciones sociales. El reconocimiento efectivo

(2) La legitimidad de la finalidad, necesaria el test de constitucionalidad, para el caso de la limitación de los derechos y libertades de los extranjeros viene dada por el artículo 13 CE. “El artículo 13 CE viene simplemente a poner de manifiesto que en el caso de los extranjeros existen algunas finalidades, comunes en todos los Estados, que justifican tales restricciones: las propias de las políticas de extranjería entendida como el control de flujos de entrada y residencia en España que, como hemos visto antes se erige en el fundamento de la propia existencia de un régimen especial para los extranjeros. E. ROIG: “Los derechos de los extranjeros” ..., op. cit., p. 605.

(3) E. ROIG: “Los derechos de los extranjeros. Titularidad y limitación”, op. cit., pp. 624-629.

y sin discriminación sobre las prestaciones sociales a la población inmigrante arrastra consigo uno de los principales problemas que padece este campo de protección social, su limitación presupuestaria. “Es en este punto donde más claramente se ponen de manifiesto las tensiones entre equilibrio financiero y universalidad. La «piedad peligrosa», el peligro que puede suponer una carga imprevista de prestaciones. A tal efecto, es importante tener presente que la realización de un derecho fundamental de prestación es siempre costosa, pues es necesario decidir de qué medios financieros se puede disponer para tal realización en el marco de la política presupuestaria estatal y de sus particulares”⁴.

En este sentido cabe recordar que la Constitución ha sometido a los derechos sociales a una “reserva económica de lo posible”, retrasando la máxima eficacia de estos derechos hasta el momento en que los poderes públicos la hagan materialmente viable y quedando a su decisión la búsqueda de medios para lograrlo⁵. El Estado se encuentra con la dicotomía de la extensión subjetiva y sin discriminación del derecho a la protección social como factor esencial de la integración⁶ y la escasez de recursos económicos que se presenta en las prestaciones sociales. Sin embargo las limitaciones que se plantean en el ejercicio de este derecho como consecuencia del cuidado presupuestario no se escapan del control de constitucionalidad en sentido estricto. Así, la limitación no debe suponer un sacrificio excesivo al ejercicio del derecho y no cualquier contención presupuestaria legítima una restricción sino solamente aquella que guarde una relevancia mayor respecto de la prestación en juego será una limitación legítima.

II. EL ORDENAMIENTO INTERNO SOBRE PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD

La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (en adelante LOEx) no contenía previsión alguna en materia de Seguridad Social y prestaciones sociales. Tampoco fue demasiado alentador el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, que simplemente hacía una remisión, en sus artículos 8 y 9, a lo establecido en la Ley de Seguridad Social, y contenía una breve regulación material en el artículo 69 referida a un principio de igualdad de trato, en salario, condiciones de trabajo y protección social, entre las personas extranjeras autorizadas a trabajar por cuenta ajena y los españoles.

(4) J. MERCADER UGINA: *La protección social de los trabajadores extranjeros*. Ponencia III sobre la protección social de los trabajadores extranjeros, op. cit., p. 44.

(5) P. CHARRO BAENA y BELLOCH SANZ: “Algunas consideraciones jurídicas sobre el Estado Social y el fenómeno migratorio”, en *Políticas Sociales y Estado de bienestar en España: Las migraciones*, Fundación hogar del empleado, Madrid, 2002, p. 98.

(6) Para un estudio más a fondo sobre la relación integración/protección social ver SANCHEZ-URÁN Y. AZAÑA: “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante. La dialéctica universalidad/ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006.

El principio de igualdad y no discriminación en las prestaciones asistenciales

II

Según la remisión al Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) artículo 7.5 “Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residen y se encuentran legalmente en territorio español se equiparan a los españoles, a efectos de lo dispuesto en el presente artículo. Con respecto a los nacionales de otros países, se estará a lo que disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o Instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o a cuanto les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida”. La duda sobre la titularidad del derecho de los inmigrantes a la rama no contributiva de la Seguridad Social nace justamente cuando la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, (en adelante LPNC) configura el sistema asistencial de la Seguridad Social pero guarda silencio respecto de su acceso o no de los extranjeros, limitándose a señalar “asimismo estarán comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social, a los efectos de las prestaciones de la modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en el territorio nacional”.

Esta situación viene a ser aclarada por la Ley 13/1996, de medidas fiscales, administrativas del orden social, que configuraba un doble régimen. Por una parte, equiparaba a los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos con los españoles en materia de prestaciones no contributivas y, por otra, establecía que los demás extranjeros tendrán derecho dependiendo de los Tratados suscritos por España o en cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida⁷.

Según los Convenios Bilaterales de la Seguridad Social suscritos por España con posterioridad a la LPNC podían ser beneficiarios de las prestaciones no contributivas los nacionales de Canadá (Protocolo al Convenio de 1995), de Rusia (Convenio 11 de abril de 1995) y de Ucrania (Convenio de 19 de octubre de 1999)⁸. En relación con los nacionales de los países miembros de la entonces Comunidad Económica Europea, como se verá posteriormente, se regula por medio del Reglamento 1408/1971, que contiene un principio de igualdad de trato entre los nacionales de los Estados miembros y para los nacionales de países no comunitarios con que la Comunidad, por medio de un acuerdo o convenio, así lo hubiera establecido.

(7) Si bien la reforma representó un paso importante siguió pendiente, para un verdadero derecho a la Seguridad Social, que el principio de la igualdad de trato, necesariamente vinculado al principio de territorialidad, se complete con los principios de conservación de los derechos adquiridos y en vía de adquisición, de carácter extraterritorial, a fin de que los derechos de que goza el trabajador migrante se consoliden o vayan consolidándose independientemente del lugar de residencia. M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR: “La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social”, *Actualidad Laboral*, 1998. Respecto del régimen especial de los apátridas refugiados y Asilados ver. J.L. TORUEZO PLAZA: “Comentario a la Ley General de la Seguridad Social”, *Comentario al artículo 7 LGSS*, t. II, Comares, Granada, 1999, p. 151.

(8) Sobre la aplicación de estos convenios una parte de la doctrina sostiene su plena aplicación respecto de las pensiones no contributivas. PLANAS GÓMEZ Y PLANAS MARTÍNEZ: “Pensiones no contributivas. Jubilación e invalidez acceso a extranjeros”, *Tribuna Social*, núm. 70, 1996, p. 86. En sentido contrario, a su aplicación a las pensiones no contributivas, por entender que son normas referidas a los trabajadores y sus familias. TORUEZO PLAZA: “Comentario al artículo 7 de la LGSS”. En J.M. MONEREO: *Comentario a la ley...*, op. cit., p. 150.

El interrogante que se presentaba en aquel momento era el alcance del principio de igualdad establecido en los convenios sobre Seguridad Social firmados con anterioridad a la LPNC, como era el caso Convenio Bilateral Hispano-Marroquí, ratificado por Instrumento de 8 de febrero de 1982. En un primer momento por STS de 1 de abril de 1998, el Tribunal entendió que el Convenio Hispano-Marroquí era aplicable a las situaciones y prestaciones protegidas por la Seguridad Social contributiva. Considera que las prestaciones no contributivas constituyen una nueva rama de la Seguridad Social y para que pudiera producirse una extensión material en el Convenio que incluyera las prestaciones no contributivas, era necesario que las dos partes contratantes convinieran en ello⁹.

Posteriormente, el Tribunal, en STS, de 30 de marzo de 1999¹⁰, reconoce el derecho a una prestación no contributiva de un súbdito marroquí que ha trabajado y reside legalmente en España, amparándose en el Acuerdo de Cooperación entre el Reino de Marruecos y la Unión Europea, adoptado por Reglamento CEE 221/78 que establecía en su artículo 41.1 un principio de igualdad de trato para los trabajadores de nacionalidad marroquí. El Tribunal deja claro que, para gozar del principio de igualdad de trato establecido en el Convenio, es necesario el requisito de la permanencia en España por razón de trabajo y estar empleado a efectos de Seguridad Social. Aunque no es necesario que en el momento de la solicitud el solicitante deba encontrarse como trabajador en alta de la Seguridad Social¹¹. El Convenio no ampara nacionales marroquíes que, aun residiendo en España, no han llegado en momento alguno a la condición de trabajador activo. El reconocimiento de las prestaciones no contributivas realizado por el Tribunal tiene origen en la jurisprudencia comunitaria, que ya había establecido el efecto directo y eficacia de este Convenio.

En efecto la Comunidad Europea, por vía del artículo 228 TCEE había celebrado un conjunto de acuerdos o convenios con Turquía y los países del Magreb, donde se reconocía a los trabajadores migrantes de estas nacionalidades, así como a sus familias que residan con ellos, la plena igual-

(9) El voto particular formulado por el Magistrado D. Fernando Salinas Molina, al que se adhirieron los Excmos Sres. Magistrados D. Arturo Fernández López, D. José Antonio Somalo Giménez y D. Luis Ramón Martínez Garrido, contiene una posición contraria a la sostenida por la Sala.

(10) Esta Sentencia además de resolver un caso concreto, pretende unificar el criterio de un conjunto de pronunciamientos contradictorios. Así sentencias que afirmaban la exclusión de la protección no contributiva a los súbditos marroquíes, la STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 1996, STSJ de Cataluña de 1 de abril de 1998, STSJ de Valencia de 26 de junio de 1997, STSJ de Madrid de 15 de junio de 1998, STSJ de Madrid de 26 de enero de 1999 y STSJ de Baleares de 26 de septiembre de 1997. En sentido favorable a la inclusión en el sistema de pensiones no contributivas, STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 1997, STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 1994, STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 1993, STSJ de Cataluña de 19 de julio de 1996 y STSJ de Madrid de 21 de abril de 1998. Sobre ello ver Pilar CHARRO BAENA: "Prestaciones no contributivas: alcance de los Acuerdos de Cooperación entre la Unión Europea y los países del Magreb. Comentario a la STS 4.ª de 30 de marzo de 1999", *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, tomo II, 1999, pp. 842-846.

(11) Así en STSJ de Madrid, de 21 de abril de 1998 se reconoce el derecho a una pensión no contributiva a un marroquí que durante 18 años cotizó a la SS, pero en el momento de la solicitud no era un trabajador en activo.

El principio de igualdad y no discriminación en las prestaciones asistenciales

II

dad de trato con los nacionales en materia de condiciones de trabajo y principios relacionados con la conservación de derechos en materia de Seguridad Social¹².

El efecto directo y su aplicación sobre las prestaciones no contributivas de los acuerdos con los países del Magreb se establece, por primera vez, en la STJCE de 31 de enero de 1991, *Asunto Kzi-ber*. El Tribunal consideró que el artículo 41 del Acuerdo de la CEE con Marruecos aprobado por Reglamento (CEE) número 2211/78, de 26 de septiembre, tiene un efecto directo y, por lo tanto, debe ser aplicado por los órganos judiciales de los Estados miembros sin necesidad de que se dicten disposiciones de adaptación. También señala que el concepto de Seguridad Social del núm. 1 de este Acuerdo, debe comprenderse por analogía con el concepto idéntico que figura en el Reglamento 1408/1971, el cual, como se verá posteriormente, incorpora las prestaciones no contributivas. Por último, el Tribunal deja claro que el concepto de trabajador del Acuerdo comprende tanto a los trabajadores en activo como los que han abandonado el mercado de trabajo después de haber alcanzado la edad necesaria para disfrutar de una pensión de vejez. Esta doctrina viene a ser ratificada en STJCE de 20 de abril de 1994, *Asunto Yousifi* y STJCE de 5 de abril de 1995, *Asunto Kird*¹³.

Así, entonces, la situación respecto de las prestaciones asistenciales era la de plena equiparación con los españoles para los nacionales residentes previstos en la LGSS, para los trabajadores de los países con los que la Unión Europea hubiese firmado un convenio y los ciudadanos de Canadá, Rusia y Ucrania que por vía de convenio bilateral gozaban de dicha prerrogativa.

La regulación prevista en la LODYLE

La LODYLE representó un gran avance en materia de extranjería e inmigración y, entre los múltiples aspectos a destacar se encuentra el artículo 14.1 “los extranjeros residentes tiene derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”. La redacción contenida en la LODYLE sobre las prestaciones de la Seguridad dio lugar a dudas respecto de su interpretación, pues al no hacer expresa referencia a las prestaciones no contributivas no se tenía claridad sobre si el artículo las incluía o no.

(12) El primero de ellos es el Acuerdo de Asociación CEE-Turquía de 12 de septiembre de 1963 (DOCE L 217/ 29/12/ 1964). Posteriormente, en 1976, la Comunidad Europea concluyó Acuerdos de cooperación con Argelia, Marruecos y Túnez (DOCE L 263-L 264 -L 265 de 27/09/1978). También los Convenios II, III y IV de Lomé, garantizan, si bien en Declaraciones anexas y en unos términos vagos, a los trabajadores nacionales de los países del grupo de África, Caribe y Pacífico (ACP) que residan legalmente en los Estados de los países del grupo de África, Caribe y Pacífico (ACP) que residan legalmente en los Estados miembros, un trato no discriminatorio en las prestaciones de Seguridad Social ligadas al empleo. Ver PALOMARES MIQUEL: “La cooperación social entre las Comunidades Europeas y los países del Magreb”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, núm. 48, 2000.

(13) Para MERCADER UGINA La proyección del principio de igualdad que puede extraerse de los pronunciamientos del TJCE, no deja de resultar un mero espejismo, una explosión de solidaridad que contrasta mal con el economicismo propio de la Unión Europea pues no se incluyen las prestaciones en metálico por enfermedad, maternidad y desempleo. MERCADER UGINA: *La protección social de los trabajadores extranjeros...*, op. cit., p. 15.

La ambigüedad del artículo abrió la discusión doctrinal sobre la inclusión o no del sistema no contributivo de la Seguridad Social. Un sector sostiene que las prestaciones no contributivas se han de entender excluidas del artículo 14.1, bien porque la regulación en la LODYLE ha de interpretarse conforme al artículo 7.5 LGSS que contempla como únicos beneficiarios de este tipo de prestaciones a los hispanoamericanos, filipinos, brasileños y andorranos, o bien porque la reforma realizada por la Ley 8/2000 en los artículos 3.1 y 10.1 de la LODYLE, tenía como finalidad restar importancia a la legislación sobre extranjería, dando a entender que la legislación vigente de dicho sistema sería la que, en todo caso, regularía a partir de ahora dicho acceso en todos sus aspectos jurídicos (subjeto y material), tal y como por otra parte venía regulando hasta la legislación sectorial de la Seguridad Social. Se pretende salvar así las previsiones contenidas en la LGSS¹⁴.

En sentido contrario, la mayoría de la doctrina coincide en la inclusión de las prestaciones no contributivas, bien porque al no distinguirse en la formulación del derecho entre prestaciones contributivas como no contributivas, habían de incluirse ambas¹⁵, o bien porque la ausencia de modificación alguna del propio artículo 14.1 es, sin lugar a dudas, el mejor aval para defender la supervivencia del criterio expansivo introducido en su día por la Ley Orgánica 4/2000, o porque ley posterior deroga a la anterior¹⁶.

El interrogante que dejó la redacción de la LODYLE es resuelto por la STSJ de Madrid de 12 de junio de 2001. Esta sentencia pese a desestimar el recurso de suplicación contra una sentencia denegatoria de la pensión de jubilación no contributiva a una ciudadana de nacionalidad peruana por falta de acreditación de los 10 años de residencia en España, sostiene que “la clara voluntad del legislador es equiparar a españoles y extranjeros residentes en territorio español, reconociéndoles a estos últimos los mismos derechos en materia de Seguridad Social y Servicios Sociales (...) esta equiparación libera a los efectos de cualquier exigencia de reciprocidad o de la necesidad de que existan tratados o cualquier tipo de acuerdos internacionales que les reconozcan el derecho a las prestaciones no contributivas”. Posteriormente, en la STSJ de Andalucía, de 8 de noviembre del 2001, a una residente de nacionalidad marroquí con un grado de minusvalía del 77% se le deniega en primera instancia una pensión de invalidez no contributiva por no ostentar la condición de trabajador o de miembro de la familia de un trabajador con el que conviva, necesario para el ámbito de aplicación del Acuerdo de Cooperación entre la

(14) J.L. SÁNCHEZ CARRIÓN: “Los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho Comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2006, pp. 31 y 32; M.A. PURCALLA BONILLA: “La regulación de los derechos y libertades de los extranjeros y su integración social: reforma de la Ley Orgánica 47/2000, de 11 de enero, a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre”, *Tribunal Social*, núm. 122, 2001, p. 49.

(15) M. RAMOS QUINTANA: *Trabajadores extranjeros e integración social*. Temas Laborales núm. 54. 2000. p. 30. H. LOZADA GONZÁLEZ: “El Estatuto legal de los extranjeros en España”, en A. PALOMAR OLMEDA: *Tratado de extranjería*. Thomson. Aranzadi, Madrid, 2001, p. 210; R. ESCUDERO RODRIGUEZ: “La protección social de los inmigrantes extra comunitarios en la LO4/2000 y en su ley reformadora”, *Mes a Mes* núm. 61, 2001, p. 31; e D. IÑÍQUEZ HERNÁNDEZ: “Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales”, en SATOLAYA MACHETTI (Coord.): *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 108; J. MORENO PÉREZ, y MOLINA NAVARRETE: “Comentario al artículo 14 LODYLE”, en J.L. MORENO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE (Dir.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social*, Comares, Granada, 2001, p. 255

(16) G. BARRIOS BAUDOR: *Prestaciones familiares por hijos a cargo*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 69 y 70.

El principio de igualdad y no discriminación en las prestaciones asistenciales

II

Comunidad Europea y el Reino de Marruecos aprobado por Reglamento (CEE) número 2211/78, de 26 de septiembre. El Tribunal Superior de Andalucía señala que, al no tener o haber tenido la condición de trabajador, efectivamente, no puede entenderse incluido dentro de Acuerdo de Cooperación. “No obstante, la publicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 1 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ha incidido de modo trascendente sobre la cuestión examinada. Pues su artículo 14 señala que los extranjeros residentes tendrán derecho, en las mismas condiciones que los españoles, a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social y los servicios y prestaciones sociales, tanto los generales y básicos como a los específicos”, y procede reconocer la prestación.

Con la nueva regulación de la LODYLE, se produce en el nivel no contributivo una ampliación del campo subjetivo de protección frente a la regulación contenida en el artículo 7.5 LGSS que, como ya se ha señalado, limitaba la equiparación a los nacionales de Estados iberoamericanos o con vinculación histórica especial con España, en tanto que para el resto de extranjeros residentes legalmente en España se remitía al principio de reciprocidad, diplomática o normativa. A partir de ahora todos los extranjeros, independientemente de su nacionalidad, siempre que cumplan los requisitos que la norma impone para causar el derecho podrán acceder a las prestaciones.

El efecto de la inmigración sobre las prestaciones sociales, ha sido la desvinculación expresa entre nacionalidad y derecho a su acceso. Descarta la nacionalidad; las posibles discriminaciones se encuentran en los requisitos señalados para acceder a la prestación y que en la práctica resulta más gravoso para la población inmigrante. Se entra entonces en el campo de las discriminaciones directas e indirectas, reguladas en el artículo 23 de la LODYLE. A efectos de las prestaciones sociales, un requisito es discriminatorio cuando directa o indirectamente restringe de forma ilegítima el acceso a la población inmigrante o cuando actuaciones administrativas realicen una denegación o valoración diferente de las necesidades de una persona inmigrante, en relación con otra que estuviese en su misma posición jurídica.

En este sentido, requisitos como el cumplimiento de un determinado tiempo de residencia legal para las pensiones no contributivas; la convivencia familiar para el subsidio por desempleo y para las prestaciones por hijo a cargo; o el permiso laboral para acceder al subsidio por desempleo de ex reclusos, han planteando ante los tribunales y en la doctrina la existencia de posibles supuestos de discriminación indirecta. En este análisis no se puede obviar la importancia que en los últimos años ha adquirido la normativa comunitaria sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, en donde se encuentran incluidas las prestaciones no contributivas y que, como se verá posteriormente, a partir del Reglamento 859/2003 tiene efectos sobre los nacionales de terceros Estados.

III. LA RESIDENCIA EN LA PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA POR INVALIDEZ Y VEJEZ

Como ya se señaló anteriormente, bajo la regulación de la nueva legislación los extranjeros titulares de una autorización de residencia temporal o permanente podrán beneficiarse de las prestaciones de la Seguridad Social, bien sea en su vertiente contributiva o no contributiva.

La residencia legal en el país se convierte entonces en el requisito para acceder a este tipo de prestaciones.

Según la LPNC, integrada hoy en la LGSS, tienen derecho a la pensión de jubilación las personas mayores de 65 años, que residan legalmente en territorio español y lo hayan hecho durante 10 años, entre la edad de 16 años y 65 años, de los cuales dos años deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a dicha solicitud y que carezcan de rentas e ingresos. Por otra parte, tienen derecho a la pensión por invalidez las personas afectadas por una minusvalía o por una enfermedad crónica en un grado igual o superior al 65%, mayores de 18 años y menores de 65, con residencia legal en el territorio español durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión. Para ambos supuestos se exige la carencia de rentas o ingresos suficientes, que será la señalada para cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado¹⁷.

Lo primero a señalar es la exigencia de dos tipos de residencia: una residencia general de 10 ó 5 años según sea el caso de pensión de vejez o de invalidez y, otra, específica referida a los 2 años inmediatamente anteriores solicitud de la pensión. Así, “la exigencia del período de residencia es en realidad un doble requisito, pues no basta con residir en el momento de solicitud de la pensión no contributiva en territorio español, pues de los 5 a 10 años, 2 al menos tienen que ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión, pretendiéndose evitar, en última instancia, una quiebra de la Seguridad Social”¹⁸. La residencia también se proyecta en otro doble sentido: como requisito de obtención, haber residido en España y como requisito de conservación, ya que se requiere la circunstancia de residir de hecho en territorio español mientras se es beneficiario de la prestación¹⁹. En el caso de los extranjeros el período de residencia previo debe ser legal y el medio de prueba de la residencia legal en España será la concesión de permisos por las autoridades administrativas correspondientes, sin que tenga el padrón municipal ningún valor a estos efectos²⁰.

(17) Según el artículo 40 de la Ley 48/2006, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2007, la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, se fijará en 4.348,40 euros íntegros anuales.

(18) RODRÍGUEZ RAMOS: “Las pensiones no contributivas”, VV. AA.: *Sistema de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 439.

(19) No puede exportarse la prestación, puesto que la existencia del estado de necesidad exigido para reconocer el derecho a la pensión no contributiva viene determinado por el Estado de residencia, y, además, porque el requisito de residencia incide en la conservación del derecho a la pensión, toda vez que la pérdida de la condición de residente legal o el traslado de la residencia fuera del territorio español por tiempo superior al reglamentariamente establecido como límite temporal comporta la extensión del derecho a la pensión. F. BLASCO LAHUZ: *Las pensiones no contributivas...*, op. cit., p. 72.

(20) En STS de Castilla y León de 9 de septiembre de 2003, se ha señalado que “el empadronamiento no puede sustituir conceptualmente, a la autorización de residencia y la propia Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, expresamente contempla el empadronamiento como hecho distinto del de la residencia”.

El principio de igualdad y no discriminación en las prestaciones asistenciales

II

A) La residencia y el principio de no discriminación por razón de nacionalidad

La exigencia de la residencia durante un período de tiempo determinado para acceder a las pensiones no contributivas se presenta como un posible supuesto de discriminación hacia la población inmigrante. Se cuestiona hasta qué punto la exigencia de la residencia durante un período amplio, que si bien formalmente se muestra como un elemento neutro e independiente de la nacionalidad, termina en la práctica actuando como un requisito que impide de manera indirecta a la población inmigrante acceder a dicha prestación. El requisito de la residencia se presenta como un elemento aparentemente imparcial pues se exige a todas las personas que quieran acceder a dichas prestaciones. Pero en la práctica es un requisito que afecta exclusivamente a los inmigrantes o emigrantes retornados, pues ellos en su calidad de migrantes, no suelen tener un largo período de residencia cumplida en el país. Así, se está ante una posible discriminación indirecta.

La razón de la exigencia de la residencia como requisito de acceso puede tener origen en aspectos de naturaleza contributiva, pues quien tiene fijada su residencia en un territorio, cumple ordinariamente con la Hacienda Pública, y de este modo, contribuye al mantenimiento del nivel no contributivo que se financia con los impuestos de todos los ciudadanos²¹. También se ha justificado la residencia desde la política migratoria, donde los sistemas de seguridad social intentan protegerse frente a posibles migraciones de población marginal a la búsqueda de prestaciones de esa naturaleza mediante la acentuación del requisito de la residencia en el país; se trata de prevenir el “turismo social”²². Por último, la residencia se presenta como manifestación de la solidaridad nacional; se pretende evitar su concesión a quienes no demuestren un cierto arraigo y vinculación con el país con cargo a cuyos presupuestos se satisfacen dichas prestaciones²³.

Ahora bien, desde una perspectiva constitucional, tal y como se ha señalado anteriormente, las presuntas discriminaciones por razón de nacionalidad en las prestaciones asistenciales se han de resolver por medio de la aplicación del *test de la proporcionalidad*. A este presupuesto, cabe añadir el propio reconocimiento de igualdad y no discriminación contenido en la LODYLE. Según la norma (artículo 14) el derecho a las prestaciones y servicios de la seguridad social de los extranjeros con residencia legal se reconoce en las mismas condiciones que los españoles, además el artículo 23 LODYLE contiene unas medidas para evitar las discriminaciones a la población inmigrante.

(21) B. GONZALO GONZÁLEZ: “Las pensiones no contributivas en Europa”, *Documentación Laboral*, núm. 27/28 IV (1988)-I (1989), p. 22. En el mismo sentido F.J. FERNÁNDEZ ORRICO: “La modalidad asistencial básica de Seguridad Social desarrollada en España: las pensiones no contributivas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 34, 2002, p. 34.

(22) J.A. MALDONADO MOLINA: “El requisito de residencia en el nivel no contributivo de la Seguridad Social. A propósito de la STJCE de 25 de febrero de 1999. Asunto C-90/1997 Swaddling”, *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2000, pp. 483-492. En el mismo sentido ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA: *Compendio de la Seguridad Social*, Tecnos Madrid, 1992, pp. 272 y 357.

(23) C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO: “La configuración de las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva como prestaciones especiales no contributivas en el reglamento (CEE) 1408/71”, *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría práctica*, 1995, tomo II.

Respecto a la finalidad de exigencia legal de residencia en España para poder disfrutar de las prestaciones no contributivas, se entiende legítimo que un Estado que dé soporte o respuesta a una contingencia o a un estado de necesidad de una persona exija una vinculación previa con el mismo. En este sentido, el Estado otorga protección social a aquellas personas que se encuentran residiendo en su territorio. En cuanto a la idoneidad de la medida, si la finalidad de la norma es que la persona haya vivido de forma legal en España, la exigencia de la residencia se presenta como un requisito idóneo que guarda una relación causa-efecto.

El elemento que determina si la norma es discriminatoria o no, para este supuesto, está en la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, la ponderación de los años de residencia exigidos, pues términos excesivamente amplios pueden devenir en la imposibilidad de acceder al derecho. En este caso, se exigen 10 años de residencia legal para la pensión de vejez y 5 para la de invalidez. Los plazos señalados por la LGSS tienen como fundamento el Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972²⁴, que en su artículo 8, apartados 2b) y 2c) presentan un redactado muy similar.

Un estudio sobre el ordenamiento internacional señala que, “en los distintos instrumentos jurídicos internacionales de la Organización Internacional de Trabajo y del Consejo de Europa el requisito de un período previo de residencia se contempla estableciendo duraciones muy dispares, las relativas a la invalidez oscilan entre los doce meses y los veinte años y las duraciones relativas a las prestaciones de vejez oscilan entre los cinco y los cuarenta años de residencia, sin que sea fácil una comparación de las mismas ya que la finalidad de dichos períodos también difiere: unas veces son requisitos para obtener una prestación equivalente a las contributivas, otras veces se contempla como una prestación de importe reducido, y en otros casos se trata de un pre-requisito para el otorgamiento de la igualdad de trato entre los ciudadanos de los Estados miembros que han ratificado tales instrumentos jurídicos”²⁵.

En relación al plazo de los cinco años de residencia necesarios para la pensión de invalidez, se valora como un plazo razonable, coincide con el período de residencia establecido por el Derecho Comunitario para otorgar a extranjeros el Estatuto de residente de larga duración y con el Convenio Europeo de Seguridad Social. Mayores problemas plantea el término de 10 años para pensiones de vejez no contributivas, pues ciertamente corresponde a un plazo amplio. La exigencia de plazos de residencia para el acceso a las prestaciones asistenciales deviene un requisito constitucional siempre y cuando los plazos exigidos guarden una proporcionalidad entre el interés protegido y el derecho en cuestión. En este supuesto 10 años de residencia para acceder a una pensión no contributiva sin duda alguna es un plazo que se presenta como desproporcionado teniendo en cuenta que el interés protegido, las arcas de la Seguridad Social, no se verá realmente afectado.

(24) El Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo de Seguridad Social se publicó en el BOE de 12 de noviembre de 1986 y entró en vigor el 25 de abril de 1986.

(25) Un estudio sobre los diferentes períodos exigidos en los Convenios internacionales de la OIT ver, J. FARGAS FERNÁNDEZ: *Análisis crítico del Sistema Español de Pensiones no contributivas*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 144-147.

El principio de igualdad y no discriminación en las prestaciones asistenciales

II

En la práctica, para el inmigrante, el cumplimiento del período de residencia inferior a 5 años no resulta del todo desproporcionado. Los verdaderos impedimentos, se encuentran más en la necesidad de que todos los años hayan sido de residencia legal, no admitiéndose las situaciones de estancia o de simple residencia²⁶. Esta circunstancia puede ser apreciada en varias de las sentencias que recaen sobre este tema²⁷, donde el problema no se plantea por la ausencia de los plazos requeridos, sino en que dichos plazos se cumplieron alternativamente entre residencia legal y no legal. Debe tenerse en cuenta que “la condición de residente legal no es un carisma del que quede ungido el trabajador extranjero para siempre una vez ha conseguido una autorización de trabajo y residencia, sino que es habitual que se alteren los períodos en que un extranjero reside en España con y sin autorización administrativa”²⁸. En este sentido MERCADER UGINA “entiende que la residencia es un factor de discriminación indirecta para los inmigrantes residentes puesto que les será difícil cumplir el período efectivo de residencia en nuestro país, tanto más cuanto que no puede equipararse residencia a estancia”²⁹.

Ahora, si bien el mantenimiento de la residencia legal puede presentarse un impedimento a la población inmigrante para acceder a estas prestaciones, desde el punto de vista jurídico resulta contradictorio que se otorguen efectos jurídicos a una situación que el propio ordenamiento ha calificado como irregular. Y, en todo caso, su solución no está en sede de reconocimiento de este plazo, sino en un análisis sobre la constitucionalidad y viabilidad de los procedimientos de renovación de los permisos de residencia.

B) Incidencia del Derecho Comunitario en el cómputo de la residencia

En el ámbito comunitario, el Reglamento CEE 1408/1971, de 14 de junio, sobre coordinación de los sistemas de la Seguridad Social de los Estados miembros configura un sistema coordinado de la Seguridad Social de los Estados, con el objetivo de que no se vean afectados los derechos en materia de Seguridad Social de los nacionales comunitarios que hacen uso de su derecho a la libre circulación de trabajadores. El Reglamento coordina las cuestiones relativas al régimen de la Seguridad Social, en especial la determinación de la ley aplicable, en los supuestos de movimiento transfronterizo de trabajadores comunitarios. Por otra parte, el Reglamento viene a

(26) Excepcionalmente, en STSJ de Madrid de 22 de julio de 1999 se admitió que “el requisito de la residencia legal se refiere sólo al momento de la solicitud pero, respecto a los diez años previos que el precepto menciona, bastaría la acreditación de la mera o simple permanencia en el territorio español”.

(27) STJ de Madrid de 22 de julio de 1999; STSJ de Madrid de 22 de julio de 1999; STSJ de Madrid de 12 de junio de 2001; STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 1999; STJ de Cataluña de 9 de julio del 2002; STSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 1999; STSJ de Cataluña de 30 de abril del 2001; STSJ de Cataluña, de 8 de noviembre de 1999.

(28) Según el Centro de Investigaciones Sociológicas, 1993 p. 14960: “cerca del 42% de los inmigrantes en situación irregular eran personas que, en su día, tuvieron sus papeles en regla” a ellos debería añadirse los mencionados en la p. 14956 “el 7% de las personas sin papeles eran familiares de irregulares que antes fueron regulares y que entraron con papeles en este país. Nota extraída de J. FARGAS FERNÁNDEZ: *Análisis crítico del Sistema Español...* op. cit., p. 149.

(29) J. MERCADER UGINA: *La protección social de los trabajadores extranjeros ...* op. cit., p. 22.

cubrir los problemas de fraude a la Seguridad Social, en casos de doble cotización y de acumulación de prestaciones.

Las prestaciones no contributivas se incorporan a la regulación comunitaria, por medio del Reglamento 1247/91, de 30 de abril. Entre las medidas más destacadas del Reglamento se encuentra la señalada en el artículo 10 bis apartado 2 “al cumplimiento de períodos de residencia... tendrán en cuenta en la medida necesaria, los períodos... de residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado miembro como si se tratase de períodos cumplidos en el territorio del primer Estado miembro”. Bajo esta regulación en el cumplimiento de los períodos de residencia a efectos de las prestaciones no contributivas ha de contarse, tanto, los cumplidos en el Estado miembro en que se solicita dicha pensión, como los acreditados en otro Estado miembro. Esta norma da lugar al principio de totalización de los períodos de residencia acreditados en cualquiera de los Estados miembros. Como límite al cómputo de la residencia se establece el principio de prorrateo de las prestaciones, por lo que, “el Estado habrá de hacer frente al pago de una prestación no contributiva en proporción al tiempo de residencia de la persona en el Estado. Por último se establece la inexportabilidad a otros Estados miembros”.

Por medio del Reglamento CEE 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo del 2003 se extienden los efectos del Reglamento CEE 1408/71 a los nacionales no comunitarios que residen de manera legal en territorio comunitario.

“Sin perjuicio de las disposiciones del anexo del presente Reglamento, las disposiciones del Reglamento CEE núm. 1408/71 y del Reglamento (CEE) núm. 54/72 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado miembro”.

Según la normativa para beneficiarse de los efectos del Reglamento 859/2003, se exigen dos requisitos: a) la residencia legal en alguno de los Estados miembros y b) la constatación de que todos los elementos no estén situados en un solo país. Este último requisito implica que para la aplicación de la normativa comunitaria, será necesaria la movilidad del trabajador no comunitario de un Estado miembro hacia otro.

El principal efecto de la ampliación subjetiva del reglamento sobre las pensiones no contributivas radica en el cómputo del plazo de residencia en otro Estado miembro. Un nacional extra-comunitario en situación legal, que se traslade a otro Estado miembro, a efectos del requisito del cómputo de la residencia, le contarán los años de residencia legal anteriores acaecidos en cualquier Estado miembro. No obstante, también es cierto que en este caso la persona tendrá, en primer lugar, que acceder al Estado por alguna de las vías establecidas en su legislación de extranjería, dado que el Reglamento 859/2003 es muy claro en su considerando 10 al señalar que “la aplicación del Reglamento 1408/71 a esas personas no les concede ningún derecho de entrada, estancia o residencia en un Estado miembro o tener acceso a su mercado de trabajo”.

El principio de igualdad y no discriminación en las prestaciones asistenciales

II

En el caso del ordenamiento español, para el supuesto de la residencia con trabajo del artículo 31.2 LODYLE, la persona contará con una retribución económica que le impedirá demostrar la falta de recursos económicos y, en caso de residencia del artículo 31.2 LODYLE, la persona habrá de demostrar que dispone de los medios económicos necesarios para residir en España. Así, el requisito de necesidad de las PNC y requisito de poseer recursos económicos propios para la residencia o futuros para la residencia con trabajo hacen que sea prácticamente imposible que una persona inmigrante que lleve residiendo en otro país europeo se traslade a España con la finalidad de acceder a este tipo de prestaciones. La posibilidad de que la persona se traslade a otro Estado miembro con el objetivo de beneficiarse de las prestaciones sociales, queda así controlada, evitando el traslado de una persona con el solo objetivo de beneficiarse de las prestaciones asistenciales. La normativa tendrá efectos para el caso en que un ciudadano no comunitario que se encuentra residiendo previamente en España, se vea afectado por alguna de las contingencias que están protegidas a través de las prestaciones no contributivas y acredite períodos de residencia cumplidos en otros Estados miembros, mas no para el supuesto de traslado de otro Estado miembro a España con la finalidad de acceder a este tipo de prestaciones.

Seguramente la incorporación de los ciudadanos no comunitarios al Reglamento no tiene como finalidad establecer un régimen de protección-asistencial en los Estados miembros, con independencia de la nacionalidad o el desplazamiento que realicen los extracomunitarios³⁰, sino impedir situaciones de doble cotización o de falta de cobertura a los trabajadores que, por ejemplo, se desplazan de un Estado miembro a otro, en el marco de una prestación de servicios transnacional de la empresa en que trabajan³¹; o los casos de los emigrantes de paso que viajan por las carreteras españolas y su repercusión sobre el sistema sanitario español³².

La prohibición de exportación de las pensiones no contributivas

En un principio el Reglamento 1408/71 estableció en su artículo 10 la posibilidad de exportar las prestaciones en metálico, impidiendo que el cambio de residencia del beneficiario a un Estado miembro distinto del deudor de las mismas, suponga la caducidad o suspensión de tales derechos, o la modificación, reducción o confiscación de su cuantía. Este artículo menciona como plenamente exportables a las prestaciones nacionales de la Seguridad Social en metálico que cubran las contingencias de invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo, enfermedad profesional o defunción. La ausencia de alguna referencia a las prestaciones no contributivas hizo devenir una línea jurisprudencial por la cual se daba luz verde a la exportación de las pres-

(30) Para autores como BERNARDO GONZÁLEZ, el propio Reglamento 1408/71 no atiende al significado principalista de la igualdad de trato, sino que recurre a éste a título accesorio o instrumental. La igualdad vale a los reglamentos como medio para el objetivo, este sí, admitido como fundamental de liberar los movimientos de la mano de obra, en su calidad de factor productivo, en el interior del mercado. B. GONZALO GONZALEZ: "Excepciones al principio de igualdad en los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social", en VV.AA.: *Problemática española de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pp. 3-29.

(31) Ver D. CARRASCOSA BERMEJO: *La coordinación comunitaria...*, op. cit., p. 68.

(32) Ver A. OJEDA-AVILÉS: "Conexiones transfronterizas débiles ¿de «zonas grises» a cuerpo central?", en VV.AA.: *Problemática española de la Seguridad Social...*, op. cit., p. 83.

taciones no contributivas pertenecientes a la Seguridad Social³³. Esta posibilidad suscitó la reticencia de los Estados, que por medio del Reglamento 1247/92 incluyen expresamente en el ámbito de coordinación del Reglamento 1408/71 a las prestaciones no contributivas, pero prohibiendo su exportación por medio de la inclusión en el Anexo II del Reglamento. “La inclusión de prestaciones en ese anexo se produjo de forma tan masiva que prácticamente desaparecieron de las legislaciones nacionales de Seguridad Social prestaciones no contributivas comunes y exportables”.

La neutralidad de la prohibición es sólo aparente. En realidad, sus efectos restrictivos inciden mayoritariamente sobre los extranjeros, pues ellos constituyen el gran contingente de beneficiarios de prestaciones con residencia en el exterior del territorio del Estado que las adeuda. En la norma comunitaria se establece un principio de estrecha vinculación entre la residencia y el goze de las prestaciones asistenciales, al punto que el cambio de residencia implica la pérdida de la prestación. Bajo los ojos del Derecho Comunitario y del principio de la libre circulación de personas esta limitación no resulta del todo clara. Así, un beneficiario de una prestación verá limitado su derecho a residir en otro Estado miembro, pues ello implica la pérdida del derecho asistencial.

La cuestión aquí discutida fue planteada ante el tribunal de TJCE en *Asunto Snares*, donde se cuestionaba la validez de la no exportabilidad de este tipo de prestación de conformidad con el Reglamento (CEE) núm. 1408/71. El Tribunal de Luxemburgo dicta que las prestaciones no contributivas “pueden razonablemente exceptuarse del principio general de exportabilidad habida cuenta de su naturaleza, que las vincula a un entorno social determinando a unos costes de vida concretos, es decir, a un contexto socioeconómico, cultural y familiar propio de cada Estado de residencia”. Así mismo se tilda a estas prestaciones como prestaciones especiales cuya principal característica es la ausencia de contribución.

En realidad más que la vinculación con el entorno social que señala el Tribunal, se presenta la primacía del principio de territorialización sobre el principio de conservación de los derechos adquiridos³⁴. Y en el fondo una política de protección financiera de las arcas de la Seguridad Social de los Estados miembros y de evitar un tránsito de personas con la finalidad de beneficiarse de las prestaciones asistenciales de los Estados miembros. La Comunicación de la Comisión sobre la libre circulación de trabajadores tímidamente hace referencia a este hecho al señalar que, “a menudo, la no exportabilidad de las prestaciones de ciertos Estados miembros no se corresponde con la subvencionalidad de prestaciones equivalentes en el Estado miembro al que la persona desea desplazarse. Si bien los Estados miembros deberían poder restringir el pago de ciertas prestaciones a su propio territorio, en aras de la seguridad jurídica, dicha restricción deberá ser rigurosamente conforme a los criterios claros y objetivos del Reglamento (1408/71),

(33) Así, en el *Asunto Biason*, de 9 de octubre de 1974 sobre la exportación del subsidio del Fondo Nacional de Solidaridad Francés que complementaba una pensión de invalidez o el *Asunto Newton*, de 20 de junio de 1991, que permitía la exportación de una prestación no contributiva a favor de personas con disminución de Inglaterra hacia Francia.

(34) B. GONZALO GONZALEZ: “Excepciones al principio de igualdad en los Reglamentos...”, op. cit., p. 17.

El principio de igualdad y no discriminación en las prestaciones asistenciales

II

de acuerdo con la interpretación del Tribunal. De esta manera se asegura el cumplimiento del Derecho Comunitario³⁵.

Por otra parte, la razón dada por el Tribunal de la estrecha vinculación con el entorno social y económico de dichas prestaciones, contrasta con otros elementos que poseen las prestaciones no contributivas como la prohibición de acumulación de prestaciones y el prorrateo del tiempo de residencia que denotan una clara política de contención hacia la libre circulación de las prestaciones sociales. Y contrasta también con la propia jurisprudencia de este mismo órgano sobre la posibilidad de exportar las prestaciones por hijo a cargo³⁶ y sobre las limitaciones a los derechos basados en la residencia, según la cual “estas (restricciones) no deben ser aplicadas si existen medidas menos restrictivas (y, en todo caso, medidas no territorialistas) que permiten efectos semejantes”.

IV. LA CONVIVENCIA EN LAS PRESTACIONES POR HIJO A CARGO Y POR DESEMPLEO

El artículo 39.1 CE de la Constitución Española encomienda a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia. En desarrollo del mandato constitucional la Ley de Pensiones no contributivas estableció un nuevo régimen jurídico de atención a la familia centrado casi exclusivamente en la protección a los hijos a cargo.

En lo que respecta al nivel no contributivo la ley crea el subsidio familiar por hijo a cargo. Éste consiste en una asignación económica, de carácter periódico, por cada hijo a cargo menor de dieciocho años o mayor de dicha edad, pero afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 65%. Esta prestación está destinada a atender la situación de necesidad económica derivada de la existencia, en la unidad familiar de convivencia, de uno o varios hijos menores de edad o minusválidos. La ley señala como beneficiarios de estas prestaciones a las personas con residencia legal en el territorio, que tuvieran hijos a cargo con las condiciones señaladas anteriormente y que no percibieran ingresos anuales de cualquier naturaleza, superiores a 1.035.000 pesetas, cuantía que se aumentaba un 15% por cada hijo a cargo y que se actualizaba anualmente en la Ley de Presupuestos del Estado.

Posteriormente, el Real Decreto Ley 1/2002, de 14 de enero, por el que se establecen determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social (integrado en los artículos 185 y 189 LGSS) crea dos tipos de prestaciones familiares. La primera, una asignación económica de pago único por nacimiento de terceros o sucesivos hijos a cargo y, la segunda, una asignación para los supuestos de parto múltiple. Su finalidad es la de compensar los mayores

(35) Comunicación de la Comisión sobre la libre circulación de trabajadores: la plena realización de sus ventajas y sus posibilidades (COM/2002/0694 FINAL).

(36) Como se analizará en el siguiente apartado el TJCE ha admitido la posibilidad de exportar este tipo de prestaciones. Si bien, no es un supuesto de hecho idéntico, pues en este caso la persona beneficiaria se encuentra trabajando en el Estado miembro al cual solicita la prestación y los hijos residen en otro Estado miembro.

gastos que se producen por nacimiento de un hijo, en los casos de familias que han de cuidar de varios hijos³⁷.

Por otra parte, la Constitución Española en su artículo 41 señala “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”. De este principio rector de la política social y económica se derivan las prestaciones por desempleo contributivas y asistenciales reguladas en el título III de la LGSS. Al objeto de este artículo resulta de interés la regulación establecida para el nivel asistencial. El subsidio por desempleo, según el artículo 206.2 LGSS, consiste en “la asignación de un subsidio por desempleo más el abono de las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a las prestaciones de asistencia sanitaria, protección a la familia y, en su caso, jubilación”. La acción protectora comprenderá, además, acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados, y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable.

Para acceder (artículo 215 LGSS) al subsidio por desempleo se requiere estar fuera del mercado laboral, es decir poseer la calidad de parado; figurar inscrito como demandante de empleo durante el plazo de un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar en actividades de reinserción y carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional, siempre que se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: c) haber agotado la prestación por desempleo y **tener responsabilidades familiares**. A su vez, el apartado 3 del mismo precepto establece que “a los efectos de lo previsto en este artículo, se entenderán por responsabilidades familiares tener a cargo, al menos, al cónyuge o a un familiar por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive”.

Tanto para el acceso a la prestación no contributiva por hijo a cargo como para el subsidio por desempleo se requiere, además de la residencia legal, tener cargas familiares. Este último requisito se traduce en la necesidad de que la persona beneficiaria de la prestación sea responsable económicamente de sus hijos o familia. En el campo de la inmigración toma especial relevancia el requerimiento de la convivencia familiar pues es frecuente que el trabajador migre y su familia se quede en el país de origen. Esta situación llevó a varios pronunciamientos judiciales donde el problema jurídico planteado era si un trabajador inmigrante podía acceder a este tipo de prestaciones, aun cuando su familia se encontrara en su país de origen.

(37) Respecto a su fuente normativa de Decreto-Ley BARRIOS BAUDOR ha señalado que, pese a la bondad que ambas cuestiones suscitan, no parece que su aprobación constituyera un supuesto “de extraordinaria y urgente necesidad” como para justificar el recurso al Real Decreto-ley, por lo que sin dudas la justificación al acudimiento a semejante figura cabría encontrarla en la proximidad del proceso electoral. G. BARRIOS BAUDOR: *Prestaciones familiares por hijo a cargo...*, op. cit., p. 38.

A) Interpretación de “las responsabilidades familiares” del subsidio de desempleo y del término “hijos a cargo” en las prestaciones no contributivas por hijos a cargo

La doctrina del Tribunal Supremo sobre el alcance del término convivencia fue la inclinación hacia una interpretación en un sentido amplio que incluyera aquellos supuestos en que no existía una convivencia real y efectiva entre el titular de la prestación y su cónyuge y/o descendientes. Así en Sentencia de 11 de abril del 2002³⁸, señaló que el concepto de “responsabilidades familiares” se presenta cuando el progenitor y/o cónyuge tiene la obligación de alimentos en virtud de convenio y/o resolución. Así mismo, afirma que, “el Convenio número 157 de 21 de junio de 1982 de la Organización Internacional del Trabajo, que establecía un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social. En su artículo 1, al definir los términos utilizados en el mismo, se establece en el apartado g) que “cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se traten estén principalmente a cargo del interesado”. Consecuentemente el artículo 215.1.a) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social dejó de aludir a la necesidad de esa convivencia”.

Esta doctrina se reitera en la STS de 3 mayo de 2000, donde un supuesto de hecho similar al anterior da lugar al siguiente pronunciamiento “esta dicción legal «tener a cargo», debe interpretarse en sentido gramatical como expresión que indica la «relación de una persona o cosa con la persona que tiene la obligación de cuidarla o atenderla». Se trataría, por tanto, de que los familiares sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste.

En referencia al requisito de las prestaciones no contributivas por hijo a cargo, el supuesto que se sucede es muy similar. El inmigrante con residencia legal en España solicita la prestación para sus hijos que viven en otro país, generalmente el país de origen del solicitante. En STSJ de Madrid de 30 de febrero, se señala que los hijos están a cargo del trabajador cuando existe dependencia económica y responsabilidades familiares, sin que sea necesaria la convivencia efectiva. Esta jurisprudencia es ratificada por el Tribunal Supremo en Sentencias de 30 de noviembre del 2001 y 21 de enero del 2003. Las sentencias sostienen que la interpretación del requisito “estar a cargo de” para las prestaciones por desempleo, *mutatis mutandis* debe aplicarse al supuesto de prestación por hijo a cargo y se pronuncia a favor de la flexibilización del requisito de convivencia en España. “... la convivencia habrá de interpretarse, en todo caso, con criterios flexibles, atendiendo al espíritu y finalidad que informa y persigue el precepto 215 de la LGSS y por ello, teniendo presente que la apreciación de la existencia de responsabilidades

(38) En STSJ de Cataluña de 3 de junio de 1999 se renueva a un súbdito marroquí el subsidio por desempleo. El Instituto Nacional de Empleo (en adelante INE) interpone recurso de casación por entender que la exigencia de “responsabilidades familiares” contenida en el artículo 215 LGSS impone la convivencia de la unidad familiar, convivencia que no se presentaba en este caso pues la familia del beneficiario se encontraba viviendo en Marruecos. El Tribunal desestima la pretensión del INE, al declararse probado que el demandante es el que provee al sustento y necesidades de su familia cumpliéndose así con el requisito del artículo 215 de la Ley General de la Seguridad Social de tener familiares a su cargo, sin que la residencia física de la familia en Marruecos tenga efectos sobre la concesión de la prestación.

familiares radica, de modo fundamental, en la dependencia económica de éstos respecto del trabajador desempleado («tener a cargo», se dice en los precitados preceptos) unida al mantenimiento de relaciones afectivas y obligacionales legales de mutuo auxilio (siendo la de alimentos, entre estas últimas, la primordial), debiendo entenderse, consiguientemente, que existen responsabilidades familiares, en su sentido legal, cuando está justificada la falta de convivencia física si existe dependencia económica”. Por último, se hace referencia, en el sentido antes señalado, al Convenio 157 de la OIT sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de la Seguridad Social.

Posteriormente, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, reforma el régimen de prestaciones por hijo a cargo y señala expresamente la residencia en territorio español de los hijos como requisito para acceder a éste tipo de prestaciones. La reforma deja sin efectos la interpretación jurisprudencial de la convivencia, al menos en el supuesto de las prestaciones por hijo a cargo, siendo ahora imprescindible que los hijos se encuentren residiendo legalmente en España. Pese a la claridad de la ley, la STSJ Cataluña de 19 de abril de 2006 reconoce el derecho a la prestación no contributiva por hijo a cargo a un ciudadano de nacionalidad pakistaní, con hijos residentes en Pakistán. El Tribunal recuerda la Sentencia del Supremo de 11 de abril del 2002 donde se señalaba que el término convivencia “se trata simplemente de que los familiares sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste; situación que, por lo demás, es harto frecuente en el caso de los trabajadores migrantes, lo que supone una carga adicional a su condición de tales”. Y recuerda los términos del Convenio 157 de la OIT³⁹. El mantenimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para estos supuestos puede entenderse porque las solicitudes de las prestaciones son anteriores a la entrada en vigor de la Ley 25/2003⁴⁰, quedando entonces exentas de cumplir el requisito de la residencia del hijo en territorio español. Sin embargo, es llamativo que el Tribunal, en el momento de dictar sentencia no haga siquiera referencia a la última modificación legislativa.

B) La convivencia y el principio de no discriminación

La reforma de la Ley 52/2003, respecto al requisito de la residencia en territorio español de los hijos plantea, por una parte, la cuestión de si tal medida resulta discriminatoria o no y, por otra, su posible colisión con el derecho comunitario, especial con el Reglamento 780/71.

El requisito de la residencia del hijo es una previsión en principio neutral pues se le exige a todos los posibles beneficiarios de la ayuda; no obstante, en la práctica, el grupo más afectado será la población inmigrante, pues es muy posible que mientras estas personas se desplazan al país que emigran sus hijos se queden en su país de origen. Para determinar si este posible supuesto

(39) En el mismo sentido la STSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2005 sobre la prestación no contributiva por hijo a cargo a favor de un nacional argelino.

(40) Las solicitudes son de fecha del 11 de agosto del 2003 y 11 de noviembre del 2003.

El principio de igualdad y no discriminación en las prestaciones asistenciales

II

de discriminación indirecta es efectivamente una discriminación, se abordará en primer lugar la referencia al Derecho comunitario y, posteriormente, el Derecho interno.

En el Derecho comunitario, las prestaciones no contributivas se encuentran contempladas en el artículo 4.1 del Reglamento 1408/71⁴¹. Como punto de partida, se ha de tener en cuenta que en los supuestos de las prestaciones familiares no existe propiamente una exportación de la prestación, pues como bien lo ha señalado NEBOT LOZANO “no se trata tanto de exportabilidad dado que el trabajador o el desempleado se encuentra en territorio del Estado competente, como de equiparación de residencia de los miembros de la familia”⁴². Es decir, el titular de la prestación se encuentra residiendo o trabajando en el Estado en que se solicita la ayuda, y los beneficiarios (los hijos) residen en un país distinto. El Reglamento comunitario contiene varias previsiones para “evitar no sólo que el trabajador se vea disuadido a ejercer el derecho a la libre circulación por temor a ver mermadas sus prestaciones de Seguridad Social, sino también que pueda ser objeto de una discriminación directa o indirecta con respecto a los trabajadores nacionales cuyos familiares residen en el país de empleo”⁴³.

Por una parte, en los artículos 73 y 74 del Reglamento se establece “el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia sometido a la legislación de un Estado miembro tendrá derecho, para los miembros de su familia que residan en el territorio de otro Estado miembro, a las prestaciones familiares previstas por la legislación del primer Estado, como si residieren en el territorio de éste, sin perjuicio de las disposiciones del Anexo VI”⁴⁴. La jurisprudencia del TJCE en varias ocasiones se ha pronunciado a favor del reconocimiento de prestaciones familiares a trabajadores que tienen su familia en otro Estado miembro⁴⁵. Así entonces, las cláusulas de residencia de la legislación interna para el acceso a prestaciones familiares se entienden cumplidas cuando la familia resida en cualquiera de los Estados miembros.

Como ya se señaló anteriormente, el Reglamento 859/2003, incorpora a los nacionales residentes de terceros Estados a la normativa comunitaria sobre los regímenes de Seguridad Social. No obstante, los límites impuestos por dicha normativa son claros “las disposiciones del Reglamento 1408/71 no se aplican en una situación en la que todos los elementos estén situados en el interior únicamente de un solo Estado miembro. Así ocurre, entre otros, en el caso de un nacional de un tercer país que presenta vínculos únicamente con un tercer país y con un único Estado miembro”. Por lo tanto, un trabajador no comunitario podrá beneficiarse de una presta-

(41) En cuanto a su interpretación, el Tribunal ha señalado que la inclusión de una prestación familiar en el norma comunitaria dependerá más de sus características y su naturaleza que la denominación dada por la legislación interna del Estado. Ver Asunto *Hughes* y Asunto *Hoever y Zachow*.

(42) M.^º NEBOT LOZANO: “La nueva regulación de las prestaciones familiares en el Reglamento 1408/71. Los asuntos *Pinna* y *Yáñez Campoy*”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 157, 1998, p. 80.

(43) C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO: *Las prestaciones familiares de Seguridad Social en el ...* op. cit., p. 119.

(44) Las disposiciones del Anexo IV contienen unas cláusulas de excepción e interpretación al reglamento sobre las prestaciones sociales de cada uno de los Estados, en caso de España no se estableció ninguna cláusula.

(45) Ver Asunto *Yáñez* de 13 de noviembre de 1990; Asunto *Piosa* de 30 de enero de 1997; Asunto *Merino García* de 12 de junio de 1997 y Asunto *Rincón Moreno* de 28 de marzo de 1996. Asunto *Päivikki Maahemio*, de 7 de noviembre de 2002.

ción familiar, aun cuando residan en Estados distintos, siempre que su familia se encuentre en un Estado miembro, pero si la familia vive fuera del espacio comunitario, sólo es posible si las normas internas de los Estados así lo señalan⁴⁶. Así, el principio de no discriminación consagrado en el Derecho comunitario no opera en los supuestos en que los hijos se encuentren fuera del territorio comunitario.

Descartado el ordenamiento comunitario, pues, tanto la normativa como la jurisprudencia han limitado la posibilidad de “exportar” la prestación a los supuestos de residencia de los hijos dentro del territorio comunitario, queda entonces por determinar la concordancia con otras normas jurídicas.

En el ordenamiento interno toma relevancia el Convenio 157 de la OIT sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de la Seguridad Social, señalado en la doctrina del Supremo. La vigencia de la disposición del Convenio de la OIT anterior a la reforma de la Ley 53/2002, tiene como trasfondo la vieja discusión sobre los efectos de los Tratados internacionales firmados, ratificados y con plena vigencia en el ordenamiento jurídico español. No es objeto de este artículo pasar revista a las diversas posiciones adoptadas por la doctrina. Sin embargo, sí es de nuestro interés tomar posición sobre la eficacia y jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento interno. Si bien la Constitución ha omitido referirse expresamente a los efectos de la integración de los tratados en el ordenamiento interno, cabe señalar que la norma suprema en su artículo 96.1 señala expresamente “los tratados internacionales (...) sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Si, los tratados internacionales sólo pueden ser modificados bajos las normas establecidas por el propio ordenamiento que las ha creado, se entiende entonces que poseen una especial fuerza pasiva que les protege frente a las modificaciones de la legislación interna. Ahora, elevar el rango de los Tratados no quiere decir desligarlo de cualquier control interno, dado que el Tratado concluido válidamente y publicado tiene valor superior al de la ley aunque inferior a la Constitución, por lo tanto podrá ser objeto del recurso de inconstitucionalidad en el caso de violar un precepto de la norma constitucional⁴⁷.

La remisión del artículo 9.6 del ordenamiento interno al ordenamiento internacional convierte, a este último, en el único válido para determinar las vías de derogación, modificación o suspensión de las disposiciones contenidas en tratados internacionales que hayan alcanzado vigencia

(46) Ver también *Asunto Fahmi*, de 30 de marzo de 2001.

(47) Para A. CHUECA SANCHO, Las normas de un Tratado internacional no pueden ser modificadas, ni derogadas, ni suspendidas por ninguna ley interna, sino deben serlo por los procedimientos establecidos en Derecho Internacional, como exige el artículo 96.1, párrafo 1º de la Constitución. No juega pues aquí el viejo principio según el cual “la ley posterior deroga a la ley anterior”. Por lo tanto, si las normas insertadas no pueden ser derogadas más que por otras normas internacionales deben adecuarse a tratados, deben respetar lo que dicho Estado se ha comprometido a cumplir, si no se produce éste respecto, España viola la Constitución, viola el Tratado e incurre en responsabilidad internacional. A. CHUECA SANCHO: “Aplicación de los tratados internacionales por las Comunidades Autónomas y ley de extranjería”, en *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 20, 2002, p. 35. En el mismo sentido F. GARRIDO FALLA: “Artículo 96”, en F. GARRIDO FALLA: (coord.) *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1995. pp. 1358 y 1359.

El principio de igualdad y no discriminación en las prestaciones asistenciales

II

en España. Sólo será posible la modificación por las vías señaladas en el ordenamiento internacional, esto es, o bien por los propios procedimientos establecidos en el tratado o por la vía de la denuncia establecida en el Convenio de Viena de 1969. Por ello, se entiende que si el Estado español quería limitar la posibilidad de exportar las prestaciones asistenciales por hijo a cargo la vía según lo establecido en el texto constitucional era la denuncia del Tratado de la OIT.

Es posible que la previsión de la Ley 53/2003 responda a políticas de contención del gasto social puesto que lo que se pretende es reducir el número potencial de asignaciones por hijo o menor a cargo a abonar. No obstante, si la persona es un trabajador migrante la disposición legal entra en contradicción con el Convenio núm. 157 de 21 de junio de 1982 de la OIT sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos de los trabajadores migrantes, que señala en su artículo 1 apartado g) “la expresión «miembros de la familia» designa las personas definidas o reconocidas como tales o como miembros del hogar por la legislación en virtud de la cual se conceden o hacen efectivas las prestaciones, según el caso, o las personas que determinen los Miembros interesados de común acuerdo; no obstante, cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado”⁴⁸.

V. EL PERMISO DE TRABAJO EN EL CASO DE LOS EX-RECLUSOS

Según el artículo 25.1.1 de la LGSS serán beneficiarios del subsidio por desempleo, “los parados que, figurando inscritos como demandantes de empleo durante un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, y careciendo de rentas de cualquier naturaleza superiores en el cómputo mensual, al 75% del SMI y siempre que se encuentren alguna de las siguientes situaciones: d) Haber sido liberado de prisión y no tener derecho a la prestación por desempleo, siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses. Se entenderán comprendidos en dicha situación los menores liberados de un centro de internamiento en el que hubieran sido ingresados como consecuencia de la comisión de hechos tipificados como delitos, siempre que, además de haber permanecido privados de libertad por el tiempo antes indicado, en el momento de la liberación sean mayores de 16 años”.

El propósito protector del subsidio de desempleo, del que pueden ser acreedores los liberados de prisión, se relaciona de manera directa con las especiales dificultades personales y laborales en las que se encuentran las personas al ser excarceladas, pues es presumible que su vínculo

(48) C. SANCHEZ-RODAS NAVARRO: *Las prestaciones familiares de Seguridad Social...*, op. cit., p. 50. El citado Convenio ha sido Ratificado por instrumento de 26 de julio de 1985. BOE de 12 noviembre 1985, núm. 271.

contractual previo hubiese quedado extinguido y que se encuentren con especiales dificultades para encontrar empleo, dado que han permanecido fuera del mercado laboral⁴⁹.

Los inmigrantes liberados de prisión no pueden acceder al subsidio por desempleo para los liberados de prisión por no completar el requisito de la residencia legal. La carencia de la residencia legal se origina porque la persona al ingresar en prisión no ha podido renovar el permiso que gozaba con anterioridad⁵⁰, o porque desde el momento de la entrada en prisión la persona ya carecía de dicho permiso⁵¹. La respuesta jurisprudencial a estos supuestos se puede clasificar en términos generales en dos pronunciamientos: uno de reconocimiento de la prestación para los supuestos de residencia legal previa y, otro, de negación de la prestación para los supuestos de carencia de residencial legal previa.

Los tribunales han reconocido el derecho al subsidio por desempleo para los liberados de prisión, pese a carecer de permiso de residencia vigente, por medio de la valoración de las siguientes circunstancias:

a) *La existencia previa del requisito de la residencia*: en estos supuestos la persona ha ingresado a prisión con un permiso de residencia previa pero no ha podido solicitar su renovación por encontrarse recluso en prisión.

b) *La obligación de permanecer en España hasta el tiempo de cumplimiento de la condena*: En todos los supuestos los solicitantes del subsidio han recobrado la libertad bajo el régimen de la libertad provisional y se encuentran con la obligación de permanecer en territorio español hasta recobrar la libertad definitiva. En este caso el Tribunal se ha señalado que “el propio ordenamiento jurídico impone dicha permanencia que necesariamente habrá de calificarse de legal a los efectos pretendidos, y aunque desde el punto de vista estrictamente formal no hubiera solicitado la renovación del permiso (...). La solución contraria abocaría a impedirle toda forma de subsistencia legal, vedándole el acceso tanto a la prestación reclamada por el recurrente –reúne todos los requisitos para su concesión– como al trabajo mismo, habida cuenta de que el propio INEM alega el poder trabajar mientras las normas penales imponen su estancia en España, al menos hasta la libertad definitiva”⁵².

c) *El grado de integración social de la persona*: los tribunales han realizado una valoración de las circunstancias que pueden deducir un grado de integración de la persona en la sociedad.

(49) A. ARIAS DOMÍNGUEZ: “Tratamiento leal del subsidio de desempleo para los liberados de prisión”, *Aranzadi-social* tomo I, 2006, pp. 3142 y 3143.

(50) STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2000; STJ de Cataluña de 26 de octubre del 2001; STJ de Cataluña de 17 de marzo del 2006.

(51) STJ de Cantabria de 28 de marzo del 2003, STJ de Castilla y León de 9 de septiembre del 2003 y STJ de Cataluña de 30 de junio del 2006.

(52) STSJ de Cataluña de 26 de octubre del 2001.

El principio de igualdad y no discriminación en las prestaciones asistenciales

II

– *La existencia de vida familiar*: en este sentido la STSJ de Madrid, de 19 de octubre de 2000, ha señalado que junto con la existencia de residencia previa y la obligación de permanecer en España, se ha de tener en cuenta la existencia de vínculos familiares con la mujer que posee residencia legal y la hija que ha nacido en territorio español.

– *Los años que lleva viviendo en España*. En todos los supuestos los años de residencia superan los 5 años.

– *La actividad laboral*. Tanto previa al ingreso en prisión como la posibilidad de incorporación en el mundo laboral. Esta integración laboral se ha deducido en algunos casos de un informe de la Subdelegación de Gobierno de Barcelona sobre la solicitud de residencia y trabajo: “que en principio reúne todos los requisitos para que sea resuelto (su expediente) favorablemente. En consecuencia y a los solos efectos de poder causar alta el interesado en la Seguridad Social e iniciar su actividad laboral o profesional, se emite el presente informe. Todo ello sin prejuzgar el sentido de la Resolución...”⁵³. En otros de la existencia de una oferta realizada al trabajador que proviene de la misma empresa en que trabajaba con anterioridad a su ingreso en prisión, en este sentido se señala “La conclusión de instancia se muestra de esta manera conforme a derecho y la correlativa fundamentación que resalta así mismo la integración del demandante en nuestro país (...) ha trabajado legalmente durante 5 años antes de ingresar en prisión, así como la posibilidad de hacerlo después de tal hecho al haberle ofrecido la empresa en la que trabajaba con anterioridad un nuevo contrato”⁵⁴. O del propio comportamiento de la persona en prisión al haber realizado servicios por cuenta ajena en relación laboral especial de penados que realizan actividades laborales en talleres penitenciarios, por los cuales ha cotizado al régimen de la seguridad social, y haber permanecido inscrito como demandante de empleo⁵⁵.

La consecuencia jurídica de esta situación, según lo plantea el Tribunal, es que las normas penales obligan a la persona a permanecer en el país cuando, al mismo tiempo, las normas sobre extranjería le deniegan la posibilidad de trabajar y, por tanto, aboca al inmigrante a una situación de impedimento de la subsistencia de forma legal. Así entonces, los tribunales optan por conceder el subsidio de desempleo pese a que la persona carece de residencia legal tal como requiere la LODYLE. Por último, cabe señalar que los tribunales no han hecho en ningún momento referencia a la gravedad de los delitos como otro factor a valorar a la hora de otorgar o no la prestación; sin embargo, en ningún caso el delito superaba los cuatro años de prisión.

Los Tribunales no han reconocido el subsidio por desempleo a los liberados de prisión que al momento de su entrada en prisión carecían ya de permiso de trabajo. Para estos supuestos la situación de irregularidad previa emerge como dato clave a la hora de denegar dicha prestación. Así, en STSJ de Cantabria de 28 de marzo del 2003, el tribunal señala “Lógico es para la finalidad de reinserción que se pretende con tal subsidio, amparando al liberado ante la especial dificultad en que se encuentra al acceder al mercado de trabajo «libre» en busca de empleo, que el

(53) En STSJ de Cataluña de 26 de octubre del 2001.

(54) Caso de la STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2000.

(55) Supuesto de la STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2006.

actor se encuentre previamente insertado laboral y socialmente en nuestro país, es decir, en posesión de los pertinentes permisos de residencia y trabajo al tiempo de ingresar en prisión, pues de lo contrario difícilmente podría entenderse el cumplimiento de dicho objetivo”.

En STSJ de Cataluña de 30 de junio del 2006, en un supuesto de 14 años de permanencia en España sin permiso de residencia se alegaba una interpretación amplia del artículo 36.3 LODYLE⁵⁶, entendiendo que el trabajo realizado en prisión habilitaba la percepción del subsidio de desempleo. El Tribunal señala que elementos como la prestación de servicios para el Centro de Iniciativas para la Reinserción o la inscripción como demandante de empleo cuando aún cumplía condena, no puede entenderse supla el requisito del permiso laboral exigido por la norma laboral.

VI. CONCLUSIONES

El principio de igualdad y no discriminación en el campo de las prestaciones asistenciales se encuentra limitado por la contención presupuestaria que padecen los servicios sociales. Bajo presupuestos democráticos y del test de la proporcionalidad los inmigrantes son legítimos beneficiarios de dichas prestaciones siempre y cuando se encuentre residiendo en territorio español y si se exigen plazos de residencia éstos deben ser razonables. Sólo se entiende legítimo que se impida el acceso a prestaciones asistenciales cuando en la ponderación de bienes exista un interés superior al derecho del inmigrante a disfrutar aquellas prestaciones.

La condición de inmigrante puede generar situaciones de trato diferente que se convertirán en discriminatorias en el momento en que no superen el test de la proporcionalidad. La regulación prevista en el artículo 14.1 de la LODYLE vincula el acceso a las prestaciones no contributivas a la residencia legal. Esta regulación produce un cambio significativo en el ordenamiento interno, pues hasta el momento era la nacionalidad el criterio para acceder a las prestaciones sociales. Y, se entiende que queda derogada la previsión establecida en el artículo 7.5 LGSS, que limitaba la equiparación a los nacionales de los Estados iberoamericanos o con vinculación especial a España y para el resto de extranjeros residentes se remitía a lo establecido en Convenios o Acuerdos internacionales.

El requisito de la residencia exigida para el acceso a las pensiones no contributivas de vejez e invalidez no suponen una discriminación indirecta a la población inmigrante, pues por una parte, resulta legítimo que el Estado prevea el bienestar social de la población que está en su territorio siempre que los plazos exigidos sean proporcionales al tipo de prestación que se otorga. Mayores impedimentos se plantean cuando se exige que el período de residencia sea en

(56) Artículo 36 LODYLE: “Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquéllas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”.

El principio de igualdad y no discriminación en las prestaciones asistenciales

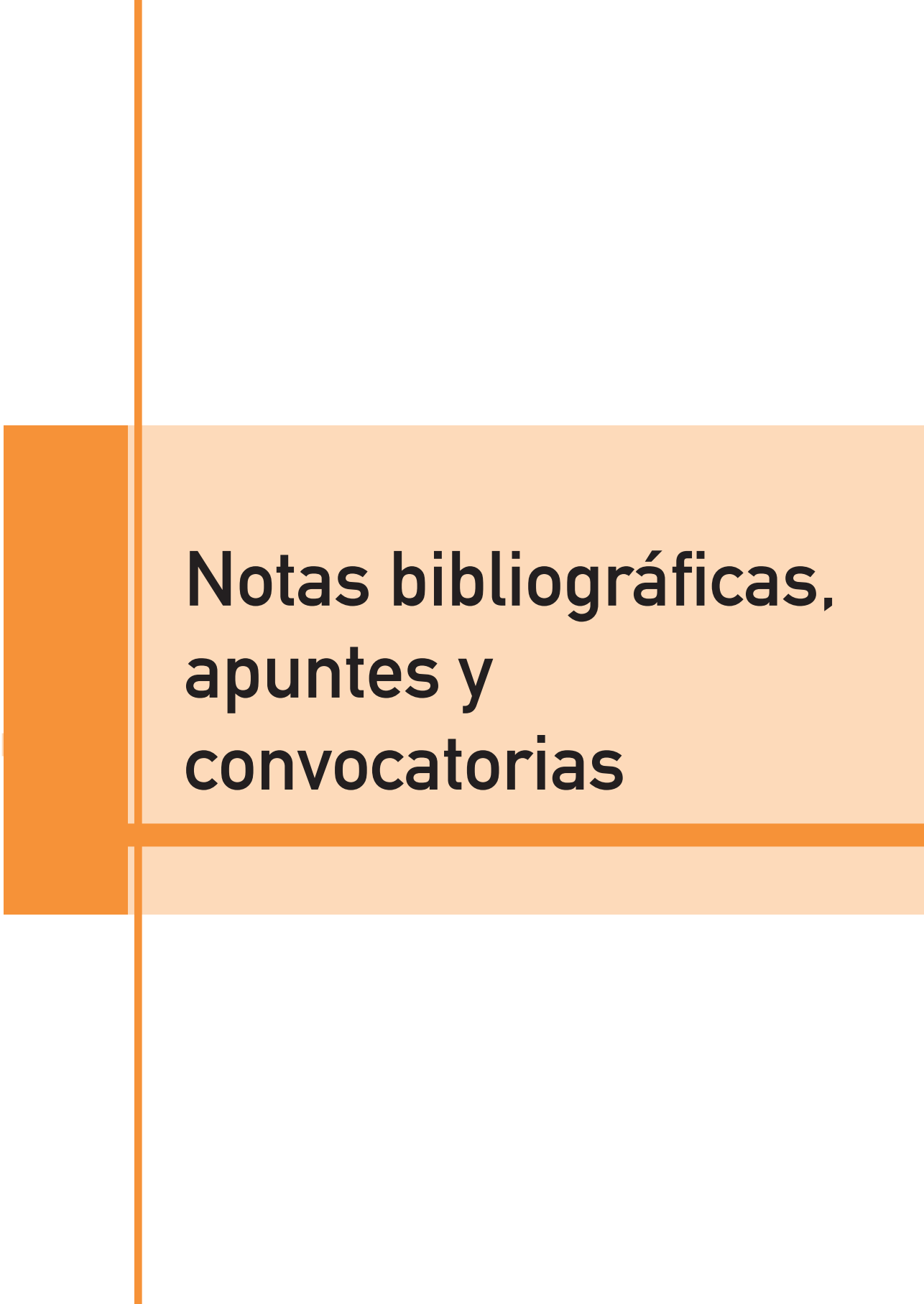
II

su totalidad legal, sin que valgan períodos de estancia o de residencia irregular. No obstante, resulta contradictorio que el propio ordenamiento otorgue efectos jurídicos a una situación que previamente ha calificado como irregular. Y, en todo caso, su solución no está en sede de reconocimiento de este plazo, sino en un análisis sobre los procedimientos de renovación de los permisos de residencia.

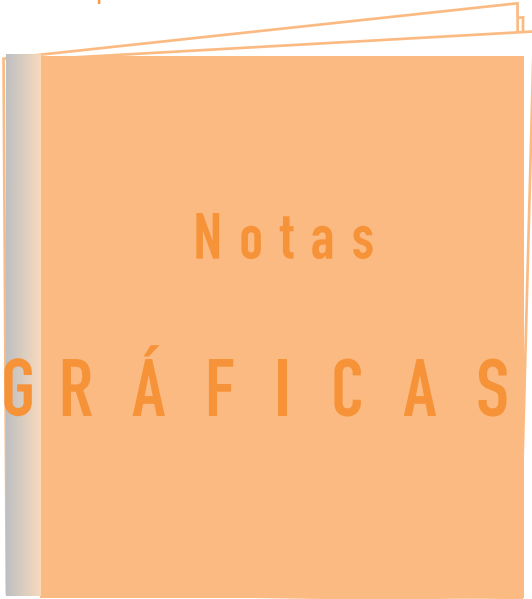
En lo referido a los efectos del derecho comunitario es de resaltar que, a partir de la incorporación de los nacionales de terceros Estados al Reglamento 1408/71, el cómputo de la residencia legal acaecida en otro Estado miembro, para los inmigrantes en situación legal que se trasladan dentro del espacio comunitario, computará a efectos del reconocimiento de una prestación social. Los posibles supuestos de turismo social que se pueden derivar de esta norma quedan contenidos por medio de la exigencia de la residencia legal en el Estado miembro que otorga la prestación social.

El requisito de la convivencia para las prestaciones del subsidio por desempleo y por hijo a cargo, es un requisito que afecta esencialmente a las personas inmigrantes, al ser frecuente que la persona responsable de las cargas familiares emigre y su familia se quede en el país de origen. En relación al primer supuesto, el subsidio de desempleo, la jurisprudencia ha entendido que es válido que la persona, con residencia legal, acceda a dicha prestación aun cuando la carga familiar exigida por la Ley, se encuentre fuera del país. Por el contrario para las prestaciones por hijo a cargo, la ley 53/2003 exige la residencia del hijo en España y deja sin efectos la jurisprudencia del Supremo. Este cambio normativo contradice a lo establecido en el Convenio 157 de la OIT sobre el establecimiento de un sistema internacional para conservación de los derechos.

El permiso de trabajo exigido para el subsidio por desempleo para ex reclusos, representa un impedimento para el acceso a dicha prestación. La línea jurisprudencial ha sido la de permitir el acceso a la prestación, pese a la carencia de residencia legal, en aquellos supuestos en que el inmigrante gozaba de residencia previa. Para ello, los tribunales han valorado junto con la situación legal previa elementos como la imposibilidad de renovar el permiso al encontrarse en prisión, la obligación de permanecer en España hasta el cumplimiento de la condena y el grado de integración social de la persona, deducido de la existencia de vida familiar, tiempo de residencia en España y la actividad laboral. En sentido contrario cuando la persona carecía de permiso de trabajo con anterioridad a su entrada en prisión los tribunales han negado la posibilidad de acceder a la prestación, al entender que, si la finalidad del subsidio es paliar las dificultades en que se encuentra la persona para acceder al mercado laboral, se requiere necesariamente que la persona se encuentre previamente insertada laboral y socialmente en el país. Así mismo, se ha señalado que las actividades laborales realizadas en prisión no posibilitan que, una vez liberados, puedan acceder al subsidio por desempleo.

The image features a minimalist design with a white background. A solid orange vertical line runs down the left side. Two horizontal orange bands are present: a wider one in the upper-middle section and a thinner one below it. The text is centered within the wider orange band.

Notas bibliográficas, apuntes y convocatorias



Notas

BIBLIOGRÁFICAS

- X. AIERDI, N. BASABE, C. BLANCO y J.A. OLEAGA: *Población latinoamericana en la Comunidad Autónoma del País Vasco 2007*, Ikuspegí, Zarautz, 2008, 210 pp.
- B. ARPN: *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, 452 pp.
- S. BERTOZZI: *Europe's migration policy. A comprehensive international strategy or a pressing domestic concern?*, Documentos CIDOB, núm. 16, Barcelona 2008, 45 pp., <http://www.cidob.org>.
- D. COGO, M. GUTIÉRREZ y A. HUERTAS (coords.): *Migraciones transnacionales y medios de comunicación. Relatos desde Barcelona y Porto Alegre*, La Catarata, Barcelona 2008, 168 pp.
- CONSEIL DE L'EUROPE: *Migrants et codéveloppement*, Estrasburgo 2008, 34 pp. (hay edición asimismo en inglés).
- FUNDACIÓ LLUIS CARULLA: *Les onades immigratòries en la Catalunya contemporània*, Barcelona 2008, 99 pp.
- J.M. GARCÍA GÓMEZ HERAS: *Un paseo por el laberinto sobre política y religión en el diálogo entre civilizaciones*, Biblioteca Nueva, Madrid 2008, 381 pp.
- J.M. GOIG MARTÍNEZ: *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España*, Universitas, Madrid 2008 260 pp.
- J. JIMÉNEZ UGARTE: *Práctica consular e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, 278 pp.
- D. ORDÓÑEZ SOLÍS: *El estatuto administrativo de los extranjeros en España en clave judicial*, Reus, Madrid 2008, 400 pp.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM): *Migration and Development: Perspectives from the South*, Ginebra 2008, 324 pp.
- *Climate Change and Migration: Improving Methodologies to Estimate Flows*, Ginebra 2008, 68 pp.
- *Droit International de la Migration*, núm. 14-Recueil des Instruments, Ginebra 2008, 909 pp.

Notas bibliográficas

- J.A. PÉREZ ALONSO: *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, 484 pp.
- O. PÉREZ DE LA FUENTE (ed.): *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Dykinson, Madrid 2008, 316 pp.
- A. QUIRÓS FONS: *La familia del extranjero en España. Regímenes de reagrupación e integración*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, 542 pp.
- J. SÁNCHEZ RIBAS y F. FRANCO PANTOJA: *Guía para la orientación legal en inmigración*, Lex Nova, Valladolid, 2008, 502 pp.
- E. SANTAMARÍA (ed.): *Retos epistemológicos de las migraciones transnacionales*, Institut Català d'Antropologia (ICA) y Anthropos Editorial, Barcelona 2008, 241 pp.
- R. ZAPATA-BARRERO y G. PINYOL (eds.): *Los gestores del proceso de inmigración*, CIDOB-Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 2008, 224 pp.

Notas bibliográficas

Un paseo por el laberinto sobre política y religión en el diálogo entre civilizaciones

JOSÉ MARÍA GARCÍA GÓMEZ HERAS
Biblioteca Nueva, Madrid 2008

POR:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Profesor Titular en la Universidad de Zaragoza
y Director Adjunto de la REDMEX

Nos presenta este autor una obra de gran interés, centrada en un tema tan candente como el de las relaciones entre religiones y de éstas con la política. Realiza una presentación ágil, bien fundamentada en los hechos acaecidos en este principio del s. XXI; presentación que en ningún momento pierde profundidad. El trasfondo del tema se imbrica totalmente con las migraciones internacionales, con esta globalización migratoria que vivimos.

Parte desde la ideología, la ética y el lenguaje, pero sin eludir la problemática actual, asumida sin ambages. Por eso se pregunta, como lo hacemos muchos ciudadanos, del siguiente modo: “¿Cómo es posible que emigrantes, al parecer plenamente integrados en los usos y costumbres de las sociedades democráticas y multiculturales se conviertan en asesinos dispuestos a inmolarsse con cartuchos de dinamita en orgías de muerte y dolor? ¿Qué instancias ocultas de carácter religioso acuñan una percepción tan irracional de la realidad?” (p. 21).

Tras un análisis de la compleja relación entre modernidad, política y religión, se detiene en lo que denomina como “el laberinto político-religioso del

Islam” (religión que caracteriza como “un inmenso laberinto de pueblos, etnias y tradiciones” (pp. 121-122). Desde luego la obra analizada parte de los Derechos Humanos, “que aportan el espacio para una ética y una política civil, universalizables en una sociedad plural y multicultural” (p. 171). A pesar de las dificultades, GARCÍA GÓMEZ-HERAS defiende siempre el diálogo, como mecanismo permanente de superación de los conflictos abiertos o latentes y como vía hacia una real interculturalidad.

La relación entre religión y política puede sufrir en ocasiones una clara patología, la del fundamentalismo, cuyo origen estadounidense queda bastante claro. Desgraciadamente esa patología no se limita a EEUU, afecta a toda la Humanidad y se manifiesta en diversos terrenos.

Entre los numerosos ángulos de interés de la obra en esta dirección, sobresale, a mi entender, la parte dedicada a las “seis falacias” de los fundamentalismos de cualquier tipo, origen y proyección (pp. 278 y ss.). Su construcción va desde la falacia lingüística (uso equívoco de los términos, con una ambigüedad irracional, pero no por eso menos interesada), la falacia política (amalgamando acción política con razonamientos religiosos) hasta la falacia legal. Esta última opera atribuyendo valor legal actual a textos que evidentemente no lo tienen, que tal vez nunca lo tuvieron; dichos textos permiten excomulgar o excluir a diestro y siniestro a cuantos no asuman las “verdades” predicadas con incontinencia por el fundamentalista, que (¿alguien puede dudarlo?) se halla en posesión exclusiva de toda la verdad.

Derechos Humanos, interculturalidad, respeto entre las personas, dignidad humana, son los mimbres con los que construye el autor su obra. Unos mimbres que evidentemente parten del derecho a la libertad de religión y de convicciones, incluyendo en ésta el derecho a tener una religión, a celebrar el culto, a practicarla en público y en privado, a enseñarla, etc. Lo que olvidan y rechazan los fundamentalistas es la segunda parte de este derecho, el

Notas bibliográficas

derecho a la libertad de convicciones incluyendo el derecho a cambiar de religión, a no tener ninguna, a expresar públicamente esa carencia de religión, a enseñarla, etc., sin ninguna discriminación, en pie de igualdad con los creyentes de una religión.

Si hablamos desde la perspectiva jurídica, quienes tienen una religión se hallan (voluntariamente, desde luego) bajo la jurisdicción de sus creencias y de los ministros que controlan las mismas; pero esos ministros (sacerdotes católicos, pastores protestantes, imames musulmanes, etc.) no pueden

controlar a las restantes personas (ni siquiera calificándolas de infieles), porque se hallan fuera de su jurisdicción. Si se produce tal calificación, evidentemente estará creando odio religioso, tan pernicioso como el odio racial.

A mi entender nos encontramos ante una obra que es necesario no sólo leer, sino sobre la que resulta imprescindible asimismo reflexionar. El pensamiento del autor se ha traducido en páginas cuya lectura resulta útil tanto a las generaciones presentes como a las venideras.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- ✓ Foro Internacional “Once lecciones sobre justicia internacional”
2-4 de abril de 2008. Zaragoza (Organiza Diputación de Zaragoza).
- ✓ IV Seminario sobre Inmigración “Derecho e integración”
9-10 de abril de 2008. Algeciras (Organiza Mancomunidad de Municipios del Campo de Gibraltar).
- ✓ La protección internacional en el ordenamiento jurídico español
17-18 de abril de 2008. Elche (Colegio de Abogados).
5-6 junio de 2008. Barcelona (Colegio de Abogados).
- ✓ Europa y Mediterráneo: política migratoria, seguridad y defensa
5 de mayo de 2008. Zaragoza (Universidad de Zaragoza).
- ✓ El derecho de asilo en relación con la trata de personas
27 de junio de 2008. Madrid (Colegio de Abogados).

A CELEBRAR

- ✓ Legislación migratoria y derechos humanos
1-3 septiembre de 2008. Jaca (Cursos de Verano de la Universidad de Zaragoza).
- ✓ III Foro Social Mundial de las Migraciones
11-13 de septiembre de 2008. Rivas Vaciamadrid.

NORMAS PARA COLABORACIONES

REVISTA DE DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA publicará, en la medida de lo posible, las colaboraciones que se le envíen.

Los artículos y estudios deben tener alrededor de 25 páginas a doble espacio, con letra de 12 puntos. El autor adjuntará un resumen, en castellano e inglés o francés, de un máximo de 15 líneas. Y también el soporte informático. Las notas y apuntes abarcarán un máximo de 15 páginas.

La Dirección de la Revista decidirá acerca de la inclusión en la revista de cada artículo o reseña, que se enviarán a la dirección: revista@intermigra.info.

Se procurará retribuir las colaboraciones de acuerdo con su extensión y originalidad.

También daremos publicidad de todas aquellas jornadas de trabajo y eventos que nos remitan y que se celebren sobre esta materia, las cuales aprovecharemos para incluir en el apartado *Convocatorias desde las dos orillas*.

Los libros y revistas recibidos por la REDMEX podrán ser objeto de recensión.

La revista tendrá carácter cuatrimestral. Normalmente se cerrará el número de otoño el 1 de octubre, el de primavera el 1 de febrero y el número de verano el 1 de junio, respectivamente.

